Das Eigentümerpfandrecht, insbesondere in der Zwangsvollstreckung

*

Abhandlung

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

vorgelegt von

Siegfried Borries
Landgerichtsrat aus Bonn

1938

Buchdruckerei Fritz & Rappert Nachfolger, Inhaber Anton Weltz, Ochsenfurt a. M.

Angenommen auf Bericht des Professors Dr. HANS DÖLLE

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Plan.

Seite

I. Teil: *Das Wesen und der Inhalt des Eigentümerpfandrechts* . . 7

A. Einführung 7

B. Das Fahrnispfand des Eigentümers . . . 8

C. Das Grundpfand des Eigentümers 10

I. Geschichtliches 10

II. Begriffliches 12

III. Der Rechtsinhalt des Eigentümergrundpfandrechts . . . 12

1. Einleitung 12

2. Der rechtliche Aufbau 14

3. Die Einzelfälle und ihre Entstehungsgründe . . . 26

a) Das ursprüngliche 26

b)—d) Das abgeleitete Eigentümergrundpfandrecht . . 31

4. Der Erwerb und die rechtliche Tragweite des Eigentümergrundpfandrechts 33

5. Die Besonderheiten des Eigentümergesamtgrundpfandrechts . 37

II. Teil: *Das Eigentümergrundpfandrecht in der Zwangsvollstreckung* . 39

A. Einleitung 39

B. Das Recht im Verfahren der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück 39

C. Das Recht als Objekt der Zwangsvollstreckung 41

1. Im Regelfalle 41

a) bei verbrieften Rechten 42

b) bei brieflosen Rechten 48

c) bei den mit einer Forderung verbundenen Rechten . . 53

2. In Sonderfällen 54

a) bei Teilrechten 54

b) bei zukünftigen Rechten 58

c) bei Höchstbetragshypotheken 62

D. Die Zwangsvollstreckung in den Ersatzanspruch 65

III. Teil: *Das Eigentümerpfandrecht in der neuesten Rechtsentwicklung* . 67

Schrifttum.

ACHILLES-STRECKER: Grundbuchordnung, Berlin 1901.

BRUCK: Die Eigentümerhypothek, 1903.

BÜRGER: Die Pfändung von Teileigentümergrundschulden, Diss. Münster 1935.

v. BRUNN: Die Zwangsvollstreckung in die bei Höchstbetragshypotheken auftretenden Grundschulden des Eigentümers in Jherings Jahrbüchern Band 49, Seite 77.

CONRAD: Die Eigentümergrundschuld, insbesondere in der Zwangsvollstreckung, Diss., Halle 1926.

DERNBURG: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., Halle 1908.

DÜRRHOLZ: Die Pfändung zukünftiger Eigentümergrundschulden, Diss., Hamburg 1934.

ENDEMANN: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.

FÖRSTER-ECCIUS: Preußisches Privatrecht, III. Band; Berlin 1892.

FUCHS: Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung, Berlin 1901—1903.

GIERKE: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1905.

GÜTHE-TRIEBEL: Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Berlin 1929; 6. Aufl., Berlin 1937.

HACHENBURG: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich; Vorträge: 2. Aufl., Mannheim 1900.

HAUSS: Die Pfändung der Eigentümergrundschuld, Diss., Marburg 1931.

HECK: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

HELLWIG-OERTMANN: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig, 1912, 1919.

HORN: Die Eigentümerhypothek; in den Leonhard'schen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 19, 1906.

JAECKEL-GÜTHE: Das Zwangsversteigerungsgesetz, Berlin 1933, 1937.

KALPERS: Die Pfändung der nichtvalutierten Eigentümerposten, Diss., Würzburg 1934.

KRETSCHMAR: Sachenrecht, Leipzig 1906.

LOHMANN: Zur Lehre von der Grundschuld pp., Diss., Erlangen 1933.

MAYER: Die Pfändung der Eigentümerhypothek in Gruchots Beiträgen, Band 56, Seite 265.

NUSSBAUM: Lehrbuch des Deutschen Hypothekenrechts, Tübingen 1921.

OBERNECK: Das Reichsgrundbuchrecht, Berlin 1909; Die Pfändung der Eigentümerhypothek, in Gruchots Beiträgen, Band 50, Seite 551.

PLANCK-STRECKER: Kommentar zum BGB., 5. Auflage, Berlin 1933/36.

PREDARI: Die Grundbuchordnung, Berlin 1907.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum BGB, 8. Aufl., Berlin 1934.

REINHARDT-MÜLLER: Das Zwangsversteigerungsgesetz, 3. u. 4. Aufl., Stuttgart 1931.

RIPFEL: Beitrag zur Pfändung von Eigentümerpfandrechten, insbesondere Buchpfandrechten, Deutsche Notarzeitschrift, Jahrgang 1936, Seite 672.

Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, Berlin 1928/31.
Soergel: Das bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl., Stuttgart 1937.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band, 10. Aufl., Berlin, München, Leipzig 1936.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung; Tübingen 1933/34.
Turnau-Foerster: Liegenschaftsrecht; Paderborn 1906.
Wecker: Die Grundpfandrechte und die Surrogation in der Zwangsvollstreckung, Stuttgart 1937.
Wolff: Sachenrecht, 8. Aufl., Marburg 1932.

ENTSCHEIDUNGEN:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ).
Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (JFG).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jher. Jahrb.).
Juristische Wochenschrift (JW).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gr.).
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ).
Seufferts Archiv für Entscheidungen (Seuff.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Rechtspr.).

BGB = Bürgerliches Gesetz-Buch.
HGB = Handelsgesetzbuch.
GO = Grundbuchordnung.
ZVG = Zwangsversteigerungsgesetz.
KO = Konkursordnung.
ZPO = Zivilprozeßordnung.

Das Eigentümerpfandrecht, insbesondere in der Zwangsvollstreckung.

I. Teil:

Wesen und Inhalt des Eigentümerpfandrechts.

A. Einführung.

Die Vorschriften des geltenden Deutschen Rechts über die pfandrechtliche Haftung der Sachgüter zeigen in folgerichtiger Durchführung die das ganze Sachenrecht beherrschende Unterscheidung zwischen beweglicher und unbeweglicher Habe, zwischen Grundvermögen und Fahrnis. Das bürgerliche Recht kennt *keinen einheitlichen* pfandrechtlichen Begriff für die beweglichen und die unbeweglichen Sachgüter. Den nach dem allgemeinen Sprachgebrauch beide Güterarten erfassenden Begriff des Pfandrechts verwendet das Gesetz nur für das Fahrnispfand. Für die verschiedenen Arten der pfandrechtlichen Belastung der *un*beweglichen Sachgüter hat das Gesetz ebenfalls keine einheitliche Bezeichnung. Die Rechtslehre und die Rechtsprechung haben eine solche in dem Begriff „Grundpfandrecht" als Gegensatz zum Fahrnispfandrecht geprägt und ihrer Terminologie eingereiht.

Die Grundpfandrechte sind ausnahmslos primär Sachpfänder. Das Recht der Fahrnis kennt neben dem Sachpfand auch das Rechtspfand als das Pfandrecht an Rechten jeglicher Art, insbesondere an Forderungen.

Die Rechtsfigur des Eigentümerpfandrechts erstreckt sich schon begrifflich zunächst nur auf die Sachpfänder; darüber hinaus aber auch auf Rechtspfänder in den Fällen, in denen (z. B. bei den Inhaberpapieren, § 1293 BGB.) das pfandrechtlich gebundene Recht durch eine Sache, eine Urkunde oder ein Wertpapier, verkörpert ist und daher im Rechtsverkehr den sachenrechtlichen Normen unterworfen wird.

Für das Gebiet des gesamten Pfandrechts unterscheidet man nach den einzelnen Entstehungsgründen rechtsgeschäftliche, gesetzliche und Vollstreckungspfandrechte. Die gesetzlichen und die Zwangs-Pfandrechte weichen von den rechtsgeschäftlichen Pfandrechten jedoch nur durch den

Ursprung und ihren gesetzlich bestimmten Anwendungsbereich ab; in ihrer materiellen Inhaltswirkung stehen sie diesen gleich. (§§ 1257 BGB., 804 Abs. 2 ZPO.).

Die hohe wirtschaftliche, insbesondere kreditpolitische Bedeutung des durch ein Rechtsgeschäft begründeten Sachpfandes war für den Ursprung, das Werden, das Wesen und die Form der hier zu behandelnden Rechtsbildung, des Pfandrechts an eigener Sache, bestimmend. Jedoch hat diese Rechtsbildung nach Deutschem Recht nur für das Teilgebiet des Liegenschaftsrechts kraft ihrer darin erfolgten weiten gesetzlichen Ausgesaltung den Charakter eines wichtigen und stark umstrittenen Problems gewonnen.

B. Das Fahrnispfand des Eigentümers.

Für die Fahrnis fehlt die Problematik, da das Deutsche Sachenrecht ein materiell wirksames Fahrnispfandrecht an der *eigenen* Sache nicht kennt. Das Fahrnispfand erlischt regelmäßig durch die Konsolidation, also dann, wenn es in der Person des Berechtigten sich mit dem Eigentum an der Pfandsache vereinigt. Damit versagt das geltende Deutsche Recht bei der Fahrnis dem Pfandrecht die Möglichkeit, ein abgesondertes Eigendasein neben dem Eigentumsrecht desselben Rechtssubjektes zu führen. Zu Gunsten des Eigentümers einer beweglichen Sache kann also ein Pfandrecht an der eigenen Sache als selbständig wägbarer, greifbarer und verwertbarer Vermögensbestandteil weder für diesen selbst noch in seiner Beziehung zu anderen Personen, namentlich den Gläubigern, bestehen. Haftet der Pfandeigentümer dem Pfandgläubiger nicht persönlich sondern nur dinglich, so erwirbt er durch die Befriedigung des Gläubigers nur die Forderung, nicht aber das Pfandrecht. Dieses geht durch die Rechte-Vereinigung in dem Eigentumsrecht unter. Eine nur *formelle* publizistische Pfandverstrickung der vom Eigentümer selbst gepfändeten Sache, z. B. der dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt übergebenen Sache, ist möglich. Das *materielle* Pfandrecht entsteht aber erst, wenn der Eigentümer zu Gunsten des Vollstreckungsschuldners auf sein Eigentum, z. B. auf den Eigentumsvorbehalt, verzichtet, oder wenn der Schuldner während der Vollstreckung in sonstiger Weise das Eigentum erwirbt[1]).

Für die Fahrnis hat das geltende Recht die Ablehnung des Eigentümerpfandrechts konsequent durchgeführt. Die Vorschriften der §§ 398 HGB und 1256 Abs. 2 BGB, die scheinbar von der Regel abweichen, bilden, wie die nähere Betrachtung zeigt, keine Ausnahme. § 397 HGB behandelt das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs an dem Kommissionsgut. § 398 HGB ermöglicht dem Kommissionär den Zugriff auf dieses Gut zum Zwecke der Befriedigung wegen seiner vertraglichen Ansprüche auch dann, wenn er noch der Eigentümer des Gutes ist. § 398 HGB bestimmt jedoch nicht, daß der Kommissionär an dem ihm noch gehörenden Kommissionsgut ein gesetzliches Pfandrecht besitze. Die Vor-

[1]) So RG 78, 245; Staub, § 369, Anm. 2 a.

schrift enthält vielmehr lediglich für diesen Sonderfall eine Rechtskonstruktion zur Überwindung der Schwierigkeit, die für den Zugriff des Kommissionärs auf das Gut *vor* dessen Übereignung an den Kommittenten in der grundsätzlichen Ablehnung des Eigentümerpfandrechtes im Rechtsgebiet der Fahrnis begründet ist[2]). Dem Kommissionär wird gestattet, sich aus der eigenen Sache unter Anlehnung („nach Maßgabe") an die für das Pfandrecht geltenden Bestimmungen zu befriedigen, d. h., wegen seiner Ansprüche aus der Kommission gegen den Kommittenten, und nur wegen dieser, das Kommissionsgut pfandrechtlich so zu behandeln, wie wenn es dem Kommittenten schon gehörte. Der Gesetzgeber geht bei dieser Konstruktion von praktischen Erwägungen aus und hat den wirtschaftlichen Zweck des Kommissionsgeschäftes: den Eigentumserwerb des Kommittenten, im Auge. § 384 HGB verpflichtet den Kommissionär zur Herausgabe und Übereignung des von ihm zunächst erworbenen Kommissionsgutes an den Kommittenten. Die Eigentümerstellung des Kommissionärs ist eine nur vorübergehende, eine solche, die im Zwischenstadium vom Eigentumserwerb bis zur Herausgabe und Übereignung des Kommissionsgutes an den Kommittenten der Stellung eines treuhänderischen Eigentümers gleichkommt.

In dem dem § 1063 des Nießbrauchsrechts nachgebildeten § 1256 Abs. 2 BGB ist ebensowenig ein Abweichen von dem Grundsatz, daß es im Fahrnisrecht ein Eigentümerpfandrecht nicht gibt, enthalten. Hat der Eigentümer bei Pfandrechtskonkurrenzen oder der Konkurrenz mit einem Nießbraucher im Falle der Konsolidation ein *rechtliches* Interesse am Fortbestand des Pfandrechts, dann „gilt" dieses nach § 1256 Abs. 2 BGB als nicht erloschen. Darin liegt eine der *Tatsache des Erlöschens* widersprechende Fiktion, die den Eigentümer und früheren Pfandgläubiger vor Nachteilen im Verhältnis zu anderen dinglich Berechtigten schützen, namentlich den Zugriff im Range schlechter gestellter Pfandgläubiger abhalten soll, die jedoch als Fiktion den Untergang des Pfandrechts durch die Konsolidation ausdrücklich bestätigt. Ein Recht zum Pfandverkauf hat der Eigentümer nicht, da die Vorschriften über den Pfandverkauf ausnahmslos Pfandgläubiger und Eigentümer als zwei verschiedene Personen betrachten und behandeln. Schon daraus geht hervor, daß der Eigentümer kein Eigenpfandrecht hat[3]).

§ 1256 Abs. 1 *Satz 2* schließt das Erlöschen des Pfandrechts durch die Konsolidation dann aus, wenn und solange die *Forderung*, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Recht eines Dritten, z. B. mit einem For-

---

[2]) Vgl. STAUB, § 398, Anm. 1.

[3]) s. STAUDINGER, § 1256, Anm. 2 b: „Es ist strittig, ob das Eigentümerpfandrecht ein vollkommen normales Pfandrecht ist, oder ob hier, ohne daß ein Pfandrecht vorliegt, einzelne Wirkungen des Eigentums im Verhältnis zu anderen Pfandgläubigern besonders ausgeprägt sind. Letztere Meinung dürfte den Vorzug verdienen. Man kann daher auch von einem „unechten Eigentümerpfandrecht" sprechen. — Siehe auch Literaturnachweis, a.a.O.

derungspfandrecht, belastet ist. Das Pfandrecht ist aber in diesem Falle kein Eigentümerpfandrecht, sonden ein Fremdpfandrecht in der Hand des Dritten, zu dessen Gunsten die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung mit einem Rechte belastet ist.

C. Das Grundpfandrecht des Eigentümers.

I. Geschichtliches.

Dieses Recht, das, wie schon erwähnt, für das gesamte Deutsche Liegenschaftswesen eine tiefgehende und weitreichende Bedeutung gewonnen hat, hat im Deutschen Recht, in der deutschen Rechtsidee der festen Wertteile wurzelnd, unabhängig von römisch-rechtlichen Gedanken in die preußische Gesetzgebung Eingang gefunden und ist von dieser weiterentwickelt worden. Im allgemeinen Landrecht finden sich noch keine Vorschriften über das Eigentümergrundpfandrecht. § 484 I 16[4]) enthält die dem Eigentümerpfandrecht wesensverwandte Vorschrift, daß die Registrierung einer Protestation das durch die Vereinigung von Recht und Pflicht, durch Konfusion oder Konsolidation, eintretende Erlöschen des subjektiv-dinglichen Rechts, z. B. einer Grunddienstbarkeit oder einer Reallast, verhindern könne. Die Praxis einzelner preußischer Gerichte[5]) zog daraus den Schluß, daß auch die Hypothek erst durch ihre Löschung im Register untergehe und nicht schon durch ihre Vereinigung mit dem Eigentum. Der Eigentümer könne daher unter bestimmten Voraussetzungen eine noch eingetragene Hypothek trotz der bereits erfolgten Konsolidation wirksam einer anderen Person übertragen. Dieser Gedanke fand in einem Anhang gesetzliche Aufnahme in das allgemeine Landrecht. (Anhang, § 52.) Eine daran anknüpfende, auf einem auch von SAVIGNY und EICHHORN unterzeichneten Gutachten des Staatsrates vom 22. 1. 1824 beruhende Deklaration vom 3. April 1824 brachte eine gesetzliche Erweiterung auf den Fall der Hypothekenzahlung. Die Deklaration behandelte die Quittung des Gläubigers wie eine von diesem zu Gunsten des Eigentümers erklärte Abtretung. Das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 (§§ 63—66) verpflichtete im Falle der Zahlung oder der anderweitigen Tilgung von Hypothek oder Grundschuld durch den Eigentümer nach dessen Wahl den Gläubiger, entweder zu quittieren oder die Löschung zu bewilligen oder das Recht ohne Gewährleistung abzutreten. Der Eigentümer konnte, gestützt auf die Quittung oder die Löschungsbewilligung, die Hypothek auf sich umschreiben lassen oder in anderer Weise darüber verfügen. Dies galt für alle Fälle des Erwerbes der Hypothek durch den Eigentümer, auch für einen Erwerb von Todes wegen.

[4]) „Das subjektiv-dingliche Recht kann jedoch erhalten werden, wenn der Verpflichtete während seines Besitzes ausdrücklich gegen die Vereinigung protestiert und diese Protestation im Hypothekenbuche der berechtigten Sache vermerken läßt".

[5]) Vgl. FÖRSTER-ECCIUS, S. 599 (Oberlandesgericht von Westpreußen und Pommern im Gegensatz zum Kammergericht).

In gleicher Weise konnte nach dem preußischen Eigentumserwerbsgesetz der Eigentümer im Falle der Konsolidation das Recht entweder für sich stehen lassen oder anderweitig darüber verfügen. Das preußische Gesetz gestattete ferner schon dem Eigentümer, für sich selbst von vorneherein eine Grundschuld (keine Hypothek) zu bestellen und eintragen zu lassen. Diese Regelung galt nur für die Verkehrshypotheken, nicht aber für die Sicherungs-, insbesondere nicht für die Höchstbetragshypotheken.

Einige deutsche Rechtsordnungen (z. B. § 84 des bayerischen Hypothekengesetzes)[6]) gingen über die preußische Regelung durch die Einführung des offenen Ranges noch hinaus. Sie ermöglichten dadurch dem Eigentümer, auch an der Stelle einer bereits gelöschten Hypothek oder Grundschuld ein neues Grundpfandrecht eintragen zu lassen, so daß ein Aufrücken der eingetragenen Nachberechtigten gegen den Willen des Eigentümers auch im Falle der Löschung eines im Range vorgehenden Rechtes nicht eintrat. Das preußische Recht kennt dieses System der Rangoffenlassung oder Hypothekenerneuerung noch nicht. Es läßt nach dem Vorbild der römischen successio hypothecaria[7]) die Nachberechtigten unmittelbar in die durch die Löschung freigewordenen Stellen einrücken. Es stellt jedoch dem Eigentümer anheim, entweder die Löschung zu bewirken und damit den besseren Platz für die Nachberechtigten freizumachen oder aber ohne Löschung diesen Platz durch den Erwerb eines Eigentümerpfandrechtes oder die Bestellung eines neuen Fremdrechtes für eigene Zwecke in Anspruch zu nehmen.

Die Frage, ob mit dem dinglichen Hypothekenrecht auch die gesicherte Forderung auf den Eigentümer übergehe, hat das preußische Recht nicht klar beantwortet. (Siehe § 63 des preußischen Gesetzes vom 5. 5. 1872.) Die Rechtssprechung und die Rechtslehre[8]) haben diese Frage für das preußische Recht teils bejaht, teils verneint. Beide haben aber damals schon betont, daß die Eigentümerhypothek der Grundschuld sachlich gleichstehe, da dem Eigentümer die wesentlichsten Rechte eines Hypothekengläubigers fehlten.

Das geltende Deutsche Liegenschaftsrecht hat das Eigentümergrundpfandrecht von der preußischen Gesetzgebung und Rechtsprechung ausgehend weiter entwickelt, teils durch Änderungen, teils durch den weiteren Ausbau der als Vorbild dienenden preußischen Rechtssätze und -Anschauungen. Die Entwürfe zum BGB[9]) folgen noch im Wesentlichen dem preußischen Muster. Das BGB selbst dehnt das Eigentümerpfandrecht auf die Grundpfandrechte jeglicher Art aus, also auch auf die Sicherungshypotheken einschließlich der Höchstbetragshypotheken. Es läßt demnach als Regel das Eigentümergrundpfandrecht neben den schon im preußischen

[6]) Vgl. auch Motive, Bd. 3, S. 204.
[7]) s. FÖRSTER-ECCIUS, S. 606, Anm. 40.
[8]) s. FÖRSTER-ECCIUS, S. 602 und 604.
[9]) Denkschrift zum Entwurf, 4. Aufl. S. 214, 1. Entwurf §§ 1097 ff., 2. Entwurf § 1146, Motive Bd. 3, §§ 1097—1100, Protokolle Bd. 3, S. 599—601.

Recht anerkannten Fällen der Zahlung, der Konfusion und der Konsolidation immer dann entstehen, wenn die Forderung fehlt oder später wegfällt. Das Eigentümergrundpfandrecht hat damit im Deutschen Liegenschaftsrecht eine Ausgestaltung erfahren, für die es in fremden Rechtsordnungen, die zum Teil das Eigentümerpfandrecht überhaupt nicht kennen, kaum eine Parallele gibt[10]).

II. Begriffliches:

Dem Eigentümergrundpfandrecht steht begrifflich das Fremdgrundpfandrecht gegenüber, das Recht, das dem Pfandgläubiger die Befugnis zur Pfandverwertung und zur Befriedigung aus dem fremden Grundstück gibt. Eine allseitig anerkannte Begriffsbestimmung für das Eigentümergrundpfandrecht, insbesondere für seine verschiedenen Formen, fehlt. Die Verschiedenartigkeit der Bezeichnungen beruht auf der ungenauen Terminologie des Gesetzes selbst, das für dasselbe Recht verschiedene Begriffe verwendet. Das Gesetz macht im Bereich des Eigentümergrundpfandrechts keinen klaren Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Es spricht von einer Hypothek da, wo es sich genau genommen um eine Grundschuld handelt, z. B. in § 1163 BGB, wo es in Abs. 1 Satz 1 heißt: „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die *Hypothek*" (müßte heißen: „die Grundschuld"). An anderer Stelle (§ 1177 BGB) wendet das Gesetz demgegenüber die richtige Bezeichnung „Grundschuld" an. Bei scharfer begrifflicher Abgrenzung ist die wirkliche, der Sicherung einer persönlichen Forderung dienende Hypothek des Eigentümers, auch forderungsbekleidete Eigentümerhypothek genannt, von der forderungslosen Eigentümerhypothek zu unterscheiden. Diese bezeichnet man richtig als Eigentümergrundschuld, da sie materiell einer Grundschuld entspricht. Der Begriff „Eigentümerhypothek", wegen ihres häufigsten Anwendungsfalls (§§ 1143, 1177 BGB) auch Regreßhypothek genannt, sollte streng genommen nur für die seltenen Fälle verwendet werden, in denen die *dingliche* Berechtigung und *Verpflichtung* mit dem Gläubigerrecht an der Forderung in der Person des Grundstückeigentümers sich vereinigen.

III. Der Rechtsinhalt des Eigentümergrundpfandrechts:

1. Im Eigentümerpfandrecht begegnet man der auf den ersten Blick befremdenden Erscheinung, daß trotz der Vereinigung des Eigentums mit dem Pfandrecht, sogar der gesicherten Forderung mit der Schuld, die Hypothek als dingliches Recht am eigenen Grundstück weiterbesteht. Zum Unterschied vom römischen Recht, gemeinen Recht und anderen Fremd-

[10]) Weder das geltende französische noch das englische Recht kennen die Eigentümerhypothek. Das schweizer, das österreichische und das dänische Recht kennen diese zwar, haben sie aber in schwächerer Weise ausgebildet.

rechten[11]) hat sich hier der deutschrechtliche, aus der schon erwähnten Wertparzellentheorie erwachsene Gedanke durchgesetzt, daß der Grundeigentümer über jeden Wertteil seines Grundstücks, der offen und unbelastet ist, frei verfügen oder nach dem Wegfall einer Belastung wieder verfügen kann. Das Liegenschaftsrecht des BGB bestimmt als Ausfluß des in § 889 statuierten Rechtsprinzips (Nichterlöschen dinglicher Grundstücksrechte durch die Konsolidation) für das Gebiet des Hypothekenrechts als Regel, daß weder die Vereinigung der gesicherten Forderung mit der persönlichen Schuld noch das Zusammentreffen des Eigentums mit dem dinglichen Recht eine das dingliche Recht zerstörende Wirkung ausüben. Es läßt das von der Vereinigung erfaßte Recht in allen den Fällen fortbestehen, in denen schutzwürdige Interessen die Fortdauer erheischen. Ein solches Interesse hat in erster Linie der Eigentümer selbst. Wäre diesem nicht die Möglichkeit gegeben, die durch den Wegfall oder das Nichtentstehen eines Fremdpfandrechtes entstehende Lücke selbst auszufüllen, dann würden die Nachberechtigten ohne weiteres selbsttätig in diese Lücke sich einschieben und damit einen Rang erwerben, auf den sie auf Grund des mit dem Eigentümer vereinbarten Schuldverhältnisses keinen Anspruch haben. Die Folge dieser Rangverschiebung wäre eine Verlagerung der wechselseitigen Machtstellung und eine Störung des Gleichgewichts zwischen dem Eigentümer und den Realberechtigten, also eine Gefährdung des wirtschaftlichen Ausgleichs; und zwar zu Gunsten der Nachberechtigten. Der Eigentümer, der als Entgelt für die diesen geleistete schwächere dingliche Sicherung zumeist schwerere Zins- und Zahlungsbedingungen auf sich genommen hat, wäre der einseitig Betroffene[12]). Auf dem Gebiet der Kreditbeschaffung und der Kreditsicherung würde eine von dem geltenden Recht abweichende Regelung dazu führen, daß der Eigentümer neuen Kredit immer nur an bereiter Stelle hinter allen schon bestehenden sichtbaren und unsichtbaren Belastungen aufnehmen könnte. Diese Folge würde entweder eine neue Kreditaufnahme überhaupt verhindern, zum mindesten erheblich erschweren, oder aber den kreditsuchenden Eigentümer zu unerträglichen Opfern und Zugeständnissen an den neuen Kreditgeber zwingen. Diese wirtschaftlichen, über das Einzelinteresse des kreditsuchenden Grundeigentümers weit hinausreichenden Erwägungen, die in Deutschland bei der außerordentlich großen Bedeutung des Realkredits, insbesondere des nachstelligen Realkredits, besonderes Gewicht hatten, führten dazu, die Hypothek über die Fälle der Konfusion und der Konsolidation hinaus auch im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer zu

---

[11]) Z. B. code civil, Art. 2157 ff.

[12]) Vgl. Protokolle III, S. 600, 601. „Wer auf 2. oder 3. Stelle Geld ausleiht, kann regelmäßig nicht damit rechnen, daß die ihm vorgehende Hypothek in Wegfall komme. Der Gläubiger nimmt daher auch für die Regel von vorneherein an, daß die Hypothek ihren ursprünglichen Rang behalte, und pflegt sich für die mindere Sicherheit andere Vorteile auszubedingen, insbesondere einen höheren Zinsfuß usw."

dessen Gunsten weiter bestehen zu lassen. Ähnliche, überwiegend praktische Erwägungen zwangen später in der Aufwertungsgesetzgebung dazu, zwischen die nur zu 25% aufgewerteten alten Grundstücksrechte ein rechtlich leicht verwertbares Eigentümerpfandrecht in der Höhe der Aufwertungsrechte mit Hilfe eines Rangvorbehalts einzuschieben. (§ 7 des Aufwertungsgesetzes).

2. Der rechtliche Aufbau des Eigentümergrundpfandrechts.

Die Lehre von dem Eigentümergrundpfandrecht ist das Kernstück und zugleich das Zentralproblem des geltenden Liegenschaftsrechtes. Es ist von grundlegender Bedeutung für das Verständnis des gesamten Immobiliarpfandrechts überhaupt.

Die wissenschaftliche Konstruktion des Eigentümergrundpfandrechtes ist seit der Aufnahme dieses Rechts als einer selbständigen Rechtsformung in die preußische Rechtsordnung Gegenstand lebhafter Erörterungen und heftiger Meinungsgegensätze gewesen. Die preußische und später die deutsche Gesetzgebung selbst haben darauf verzichtet, das Problem in positiver Weise zu behandeln und einer bestimmten Lösung zuzuführen. Umsomehr haben von jeher die Rechtswissenschaft und die Rechtsübung sich darum bemüht, ohne jedoch bisher den Meinungsstreit mit einem allseitig anerkannten und befriedigenden Ergebnis beendigen zu können[13]).

Schon im preußischen Recht[14]) machten der rechtliche Aufbau und die Einordnung des Eigentümergrundpfandrechtes in das Rechtssystem Schwierigkeiten, die in der streng durchgeführten akzessorischen Natur der Hypothek begründet waren. Bei der Hypothek fand sich für den Fortbestand der gesicherten Forderung nach deren Tilgung keine Erklärung, eine Schwierigkeit, die das BGB dadurch beseitigt hat, daß es das dingliche Recht von der Forderung weitgehend unabhängig gemacht und den akzessorischen Charakter der Hypothek fast gänzlich zurückgedrängt hat[15]).

---

[13]) s. STAUDINGER zu § 1163 am Eingang; daselbst erschöpfender Literaturnachweis.

[14]) Vgl. FÖRSTER-ECCIUS, S. 599 ff.:

„Die an den § 52 des Anhangs und die Deklaration vom 2. 4. 1924 anknüpfende Kontroverse von der Hypothek des Eigentümers ist wohl die bedeutendste und umfangreichste im Gebiet des preußischen Privatrechts gewesen. Diese brachte in das System des Allgemeinen Landrechts einen Riß, den die Wissenschaft nicht zu heilen vermochte."

„Die Vorschriften sind eine Anomalie. Sie widersprechen der akzessorischen Natur der Hypothek und dem Grundsatz, daß dem Eigentümer an seiner Sache nicht ein besonderes dingliches Recht zustehen kann."

[15]) Vgl. Protokolle III, 600: „Die Entwicklung des Deutschen Hypothekenrechts hat dazu geführt, daß in einer Reihe von Fällen die Hypothek ihren akzessorischen Charakter abgestreift hat, und es ist nur konsequent, dieser Strömung durch eine allgemeine Vorschrift Ausdruck zu geben." — Motive III, 203: „Der Entwurf muß dieses Institut (Eigentümerhypothek) anerkennen, um einerseits das berechtigte Interesse des Realkredits in großen Gebieten des Reichs zu wahren und

Das BGB läßt zu, daß die Hypothek und die Forderung getrennt werden. Die ursprüngliche Forderung kann durch eine neue Forderung ersetzt werden. Fällt die Forderung weg, so wird aus der Hypothek selbsttätig eine Grundschuld, die nicht an eine durch sie gesicherte Forderung gebunden ist. Eine Grundschuld kann heute ebenso wie schon im preußischen Recht von vorneherein zu Gunsten des Eigentümers bestellt und eingetragen werden (§ 1196 BGB). Bei einer *Hypothek* ist dies allerdings auch heute noch nicht zulässig. Eine Eigentümer*hypothek* im eigentlichen Sinne kann der Eigentümer daher nur erwerben, wenn aus einer Fremdhypothek eine echte Eigentümerhypothek wird, wenn also der Eigentümer neben dem dinglichen Recht auch die Forderung erwirbt, eine Ausnahme, die im Wesentlichen auf die Fälle des Rückgriffs auf den nicht dinglich haftenden persönlichen Schuldner beschränkt ist (§§ 1143, 1177 Abs. 2 BGB). Auch in diesen Fällen bestimmen sich die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek, solange die Vereinigung des Eigentums mit dem Hypothekenrecht besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften. Damit ist gesagt, daß die Eigentümerhypothek ohne eine Forderung wirklich eine Eigentümergrundschuld ist, mit einer Forderung zwar eine Hypothek, die aber wie eine Grundschuld, also unabhängig von der Forderung, für die Dauer der Vereinigung behandelt und erst nach deren Beendigung den Vorschriften über die Hypothek wieder unterstellt wird. In der praktischen Handhabung macht es kaum einen Unterschied, ob ein Grundpfandrecht eine Grundschuld ist, oder ob jenes nach den Regeln einer Grundschuld behandelt wird. Der praktisch nicht sehr bedeutsame Unterschied besteht darin, daß der Gläubiger-Eigentümer, dem auch die Forderung zusteht, über die Forderung und das dingliche Recht unmittelbar zu Gunsten eines Anderen verfügen, die Eigentümerhypothek also unmittelbar in eine Fremdhypothek verwandeln kann. Dagegen muß der Eigentümer, dem keine Forderung zusteht, und der aus seiner Eigentümergrundschuld eine Fremdhypothek machen will, die Eigentümergrundschuld zuerst in eine Hypothek, z. B. eine Darlehenshypothek, umformen, um diese demnächst an den Darlehensgeber abzutreten und damit in eine Fremdhypothek (in eine Darlehenshypothek zu Gunsten des Darlehensgebers) zu verwandeln. Die für den Eigentümerhypothekar im eigentlichen Sinne, also für den Eigentümer, der neben dem dinglichen Recht auch die Forderung besitzt, theoretisch bestehende Erleichterung, unmittelbar Forderung und dingliches Recht einem Andern zu übertragen, wird praktisch nur selten angewandt werden können. Denn der Regreßanspruch des Eigentümers an den persönlichen Schuldner oder an einen Mitschuldner wird im Regelfall kaum einen Interessenten finden und damit eine Verwertungsmöglichkeit durch Veräußerung nicht bieten. Auch der Eigentümer*hypothekar* wird demnach

---

zu fördern, andererseits zu verhindern, daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vorteil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechts mit dem Eigentum erwachse."

zumeist den Weg der Forderungsumwandlung wählen müssen, wenn er sein Recht durch Übertragung verwerten will.

Das Eigentümergrundpfandrecht bildet ein wichtiges Teilproblem im Problemkreis des *Eigentumsbegriffs*. Es befaßt sich mit der schwierigen Frage, ob neben dem Eigentumsrecht ein nach seinem Inhalt und seinen Auswirkungen schwächeres Recht in der Hand ein- und desselben Berechtigten überhaupt denkbar ist.

Es hat nicht an namentlich von Praktikern[16]) gemachten Äußerungen gefehlt, die eine wissenschaftliche Konstruktion des Eigentümergrundpfandrechtes und dessen theoretische Eingliederung in die Rechtssystematik als aussichtslos und nutzlos („monstros", „unkonstruierbar", „widersinnig") abgelehnt haben. Andere, namentlich Vertreter der Rechtslehre[17]), haben das Problem optimistischer angefaßt und in zahlreichen Versuchen eine Lösung zu finden sich bemüht. Es würde zu weit führen, alle Theorien und Konstruktionen im Bereich des Eigentümergrundpfandrechts zu behandeln und kritisch zu würdigen. Es sollen nur die Lösungsversuche, die sich aus der Fülle als die wichtigsten und bedeutsamsten herausgebildet haben, ins Auge gefaßt und nach Begründung und Ziel näher geprüft werden.

Auszugehen ist von dem Eigentumsbegriff und dem Inhalt des Eigentumsrechts. Die Wandlung, die der Eigentumsbegriff gerade in der letzten Zeit durch den Durchbruch des nationalsozialistischen Gemeinschaftsprinzips und die Unterordnung aller Lebenserscheinungen und Rechtsgebilde unter dieses Prinzip in Theorie und Praxis erfahren hat, ist auf die hier zur Erörterung stehenden Rechtsprobleme nur von *mittelbarem* Einfluß. Die nationalsozialistische Auffassung vom Privateigentum und deren Abweichungen von den Auffassungen vergangener Epochen, namentlich auf dem Gebiet des Bauernrechts, erstrecken sich im Wesentlichen auf die verstärkten Bindungen des Eigentümers nach *außen* hin, auf seine Beziehungen zu seinen Angehörigen, seiner Familie und letzlich zu der im Staat organisierten Volksgemeinschaft. Das Eigentümerpfandrecht hat seine Ausrichtung und seine Hauptwirkung dagegen nach *innen*. Es erfaßt das Verhältnis des Eigentümers zu der ihm gehörenden Sache selbst, die Dynamik seines Herrschaftsrechts innerhalb des vom Gesetz allgemein festgelegten, die periphere Begrenzung aller aus dem Eigentumsrecht resultierenden Einzelbefugnisse bildenden Rechtsbereichs.

---

[16]) s. Förster-Eccius, S. 602: „Das Fehlen der Konstruktion des Dogmas von der Erhaltung nicht nur des Hypothekenrechts sondern auch der Obligation liegt darin, daß man den Eigentümer in die Gläubigerrolle gewissermaßen hineindrängte. Dadurch wurde das ganze Institut eine Anomalie. Der Rechtssatz blieb ein positiver, für den man allenfalls nur Zweckmäßigkeitsgründe anführen könnte (vergl. Gutachten der Gesetzes-Kommission). Aber der Fehler lag nicht in der Theorie, sondern im Gesetz selbst, und es war hoffnungslos, ihn durch die Theorie zu überwinden.

[17]) Vgl. Wolff, S. 545, Anm. 1.

Den Inhalt, die Ausdehnung und die Schranken des Eigentumsrechts, seine Totalität und seine Unantastbarkeit nach außen hin regeln das Gesetz und die in der Rechtsanwendung wirksam werdende, nach den jeweils herrschenden politischen und wirtschaftlichen Grundsätzen orientierte Rechtsanschauung. In diesem allgemeingültigen, nach außen hin unverrückbaren Rahmen übt der Eigentümer das Eigentumsrecht als den Inbegriff aller darin enthaltenen Befugnisse oder auch nur als eine damit verbundene Einzelbefugnis aus. Er kann in seinem Herrschaftsbereich nach Belieben seine Sachherrschaft selbst einschränken oder einzelne Bestandteile dieser Herrschaft anderen Rechtssubjekten überlassen. So entsteht der Begriff der begrenzten dinglichen Rechte an den Sachgütern. Diese lassen sich als *Fremdrechte* nach ihrem Inhalt und nach den mit ihnen verknüpften Befugnissen unschwer konstruieren und normieren. Der Eigentümer bestimmt also selbst, inwieweit er sein Herrschaftsgebiet selbst ausfüllen, oder inwieweit er dies anderen überlassen oder die durch Fremdrechte gebildeten Schranken oder Hemmnisse zur Wiederherstellung seiner vollen Sachherrschaft wieder beseitigen will. Den von außen her durch das Gesetz bestimmten, allgemein gültigen statischen Prinzipien für den jeweils gültigen Eigentumsbegriff steht also innen die Elastizität des Rechts in Bezug auf die eigene oder fremde Ausübung der Einzelbefugnisse im Kreis der gesetzlich anerkannten dinglichen Rechte gegenüber.

Der so umrissene Eigentumsbegriff macht in erster Linie der rechtlichen Konstruktion eines selbständigen, neben dem Totalrecht lebensfähigen, begrenzten dinglichen Eigentümerpfandrechtes Schwierigkeiten. *Die Grundfrage ist also, wie und wo bei einer im Eigentum stehenden Sache für ein Pfandrecht des Eigentümers an dieser Sache noch Raum ist.*

Eine weitere Schwierigkeit beruht auf der problematischen Rechtsnatur der Grundschuld selbst. Die Hypothek und die Grundschuld haben nach der Ausgestaltung, die sie im geltenden Liegenschaftsrecht erfahren haben, dieselbe *dingliche* Grundlage. Auch die Grundschuld ist nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung (§ 1191 BGB) ihrem Wesen nach die *Belastung* eines Grundstücks derart, daß, wie bei der Hypothek (§ 1113 BGB), an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme *aus dem Grundstück* zu zahlen ist. Hypothek und Grundschuld unterscheiden sich also nur in ihrer rechtlichen Beziehung zu einer Forderung. Die Hypothek ist bei ihrer Entstehung immer mit einer Forderung verbunden. Auch die Grundschuld wird im Regelfalle auf einer schuldrechtlichen Verpflichtung, zumeist auf einer persönlichen Forderung, beruhen. Die Grundschuld ist jedoch in ihrem Wesen von dieser unabhängig; sie ist abstrakt gedacht. Die Wurzel der geschuldeten Leistung ist zwar vorhanden, tritt aber *rechtlich* nicht mehr in die Erscheinung. Die Grundschuld ist daher nach richtiger Deutung ein echtes Sicherungsrecht, ein nicht angelehntes Pfandrecht, das eine dingliche Haftung des Grundstücks *für eine abstrakt geschuldete,* aus dem Grundstück zu entnehmende und gewinnende Geld-

summe begründet[18]). Dieser Charakter der Grundschuld als eines dinglichen Haftungsrechtes zwingt zu der heiklen Frage, ob man ein derartiges Recht auch an der eigenen Sache haben kann.

Die Methoden, welche die Wissenschaft und die Praxis zur Lösung dieses Problems angewandt haben, sind ebenso mannigfaltig, wie die gefundenen Lösungen selbst[19]). Obschon allen einige Hauptgesichtspunkte und Grundsätze gemeinsam sind, ist die Entwicklung der Lehre von dem Eigentümergrundpfandrecht noch nicht abgeschlossen und noch nicht ausgereift, zum größten Teil eine Folge der noch unvollkommenen inneren Ausgestaltung der einzelnen Vorschriften und ihrer äußeren Zersplitterung im Gesetz selbst. Die Bestimmung über die vertraglich übernommene Löschungspflicht des Eigentümers im Falle der Konsolidation (die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB) und ferner das praktischen Notwendigkeiten nachgebende Bestreben, Verfügungen im Voraus über erst künftig entstehende Eigentümergrundpfandrechte zuzulassen, sind die Wurzeln für das Entstehen besonderer Schwierigkeiten bei der Behandlung und Lösung des Gesamtproblems.

Unter den zahlreichen Theorien über die Konstruktion des Eigentümerpfandrechts, die im Rechtsleben um die Anerkennung streiten, sind die wichtigsten diejenigen, die man üblicher Weise als Wertparzellentheorie, Pfandrechtstheorie und als die Theorie vom unvollkommenen, nur einseitig wirkenden Recht bezeichnet.

Wenn mit der zuletzt genannten Theorie die kritische Betrachtung beginnt, dann geschieht es deswegen, weil diese im römisch-gemeinrechtlichen Denken wurzelt und daher in der Entwicklung des ganzen Problems vom gemeinen Recht über das preußische Recht zum BGB die Meinungsbildung am stärksten beeinflußt hat. Grundlegend waren hier die Gedanken von JHERING[20]), die auf der oben bereits berührten Doppelseitigkeit des Eigentumsrechtes, der aktiven und passiven Natur seiner Rechtswirkungen, als logischem Fundament aufbauen. Die aktive, die innere Seite wird durch die Innenbeziehung des Eigentümers zu seiner Sache, seiner Herrschaft über diese gebildet. Die passive Seite ist nach außen gekehrt. Sie besteht in der Beziehung eines anderen Rechtssubjektes zur Sache, durch die das Eigentümerrecht in seiner Totalität und Ausschließlichkeit zu dessen Gunsten eingeschränkt ist. Daraus folgert die Theorie JHERINGS, daß in Einzelfällen unter bestimmten Voraussetzungen die passive Seite der Wirkung eines Rechts in einer besonders gearteten Erscheinungsform vorübergehend als selbständiges Recht allein bestehen könne. Das natürliche Bestreben gehe dahin, den vorübergehenden Zustand zu beseitigen dadurch, daß zu der passiven Seite des Rechts die Aktivseite hinzutrete, eine Ergänzung, die nunmehr das Dauerrecht mit der vollen *beider*seitigen

---

[18]) s. STAUDINGER, §§ 1113/1 d; 1191 I/1,2; OBERNECK, § 163; PLANCK zu § 1191..

[19]) s. STAUDINGER, § 1177, Anm. 5.

[20]) JHERINGS Jahrbücher 10, 490; 17, 69; vergl. auch Motive Bd. 3, S. 203.

Wirkung zur Entstehung kommen lasse. Eine so geartete Zwischenform eines Grundpfandrechts sei die Eigentümergrundschuld. Diese sei also ein Recht, das einstweilen nur die passive Rechtswirkung einer späteren Grundschuld, nämlich die Belastung des Grundeigentums, enthalte, um demnächst durch das Hinzutreten der Aktivseite, des Gläubigerrechts, zu einer vollwirksamen Grundschuld zu werden.

Ähnliche Gedankengänge und Konstruktionsversuche finden sich bei anderen, auf dieser Lehre fußenden Schriftstellern[21]), die teilweise vom „objektiven und subjektiven Bestande" eines Rechtsverhältnisses sprechen. Damit ist sachlich das gemeint, was JHERING unter der aktiven und passiven Wirkung eines Rechts versteht. Schreibt man der passiven Wirkung eines Rechts oder seinem „objektiven Bestande" allein eine selbständige, wenn auch nur vorübergehende Daseinsfähigkeit zu, dann muß man auch das Vorhandensein eines subjektiven Rechts ohne Rechtssubjekt bejahen, z. B. einer Grundschuld ohne Gläubiger. Denn das Subjekt tritt ja für diese erst später in der Person des Grundschuldfremdgläubigers auf den einstweilen noch leeren Platz des aus der Grundschuld dinglich Berechtigten.

Die in der neuen Rechtslehre und in der Rechtsprechung vorherrschende Auffassung hat die Idee des subjektlosen Rechts abgelehnt mit der m. E. richtigen Begründung, daß das subjektive Recht allein schon begrifflich untrennbar an ein Subjekt, an einen Machthaber und Rechtsträger, gebunden sei. Ohne einen solchen sei es logisch nicht denkbar[22]). Ein Grundstück kann daher bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf die hier behandelte Frage nicht von einer der Verwertung und Verfügung unterliegenden dinglichen Belastung ergriffen sein, wenn kein Subjekt vorhanden ist, zu dessen Gunsten die Belastung wirkt, und das das Recht hat, über diese zu bestimmen. Der von JHERING angebahnte Lösungsversuch kommt daher nicht über die Schwierigkeit hinweg, die in der Unmöglichkeit begründet ist, ein subjektives Recht (darunter ein Grundpfandrecht) in eine aktive und eine passive Seite zu zerlegen mit der Wirkung, daß die Einzelteile, wenn auch nur vorübergehend, als selbständige Rechte Lebensfähigkeit besitzen.

Die Konstruktionen von GIERKE und HORN[23]) gehen ähnliche Wege. Auch sie unterscheiden die subjektive und die objektive Seite eines Rechts,

---

[21]) GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 921 ff.; KRETSCHMAR, S. 539; WOLFF, S. 147/3; STAUDINGER, § 1177/5, Abs. 2.

[22]) s. KG. J. 27 A 131; HACHENBURG, S. 524; WOLFF, S. 546, Anm. 7: „Dann würde also der Eigentümer, der die Eigentümerhypothek abtritt oder verpfändet oder bei einer Zwangsversteigerung liquidiert, über ein ihm nicht zustehendes Recht verfügen."

[23]) GIERKE, Deutsches Privatrecht II, S. 921 ff.; HORN, S. 1906 ff.: „Die Eigentümerhypothek ist eine wegen Vereinigung der forderungsbekleideten oder forderungsentkleideten Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand unvollkommene Hypothek oder nicht voll wirksame Grundschuld, die dem Eigentümer jüngeren Pfandrechten gegenüber die negativen, defensiven, aber nicht positiven aktiven Befugnisse eines besseren vorangehenden Pfandrechts gewährt."

sehen aber für die Eigentümergrundschuld das Rechtssubjekt in der Person des Eigentümers, für den das Recht nur ein Eigentumsbestandteil: ein „Eigentumssplitter" sei. Diesem sei als Gläubiger die Ausübung aller Befugnisse eines Pfandgläubigers durch seine Identität mit dem Eigentümer versagt. Die Befugnisse des Eigentümers seien zur Hauptsache auf die Abwehr anderer nachdrängender Berechtigter beschränkt. Es sei also in dem Eigentümergrundpfandrecht der *objektive* Bestand eines vom Eigentum getrennten besonderen Rechts am Grundstück gegeben in dem Sinne, daß von dem Inhalt des Eigentums der Inhalt des Grundpfandrechts losgelöst und als Bestandteil des Grundvermögens verselbständigt sei.

Der Eigentümer hat also nach dieser Lehre einen bestimmten Teil seines Grundvermögens in der Gestalt eines Pfandrechts in der Hand, ein Sonderfall, der durch die Eintragung sichtbar gemacht und mit dinglicher Wirkung ausgestattet wird. Dadurch gewinnt der Eigentümer-Pfandgläubiger die Macht, das Aufrücken der Nachberechtigten zu verhindern, die objektive Belastung in der Liegenschaftsvollstreckung zu seinen eigenen Gunsten geltend zu machen und das Eigentümerpfand jederzeit in ein wirkliches Pfandrecht umzuwandeln.

Diese Lösung ist bestechend, zeigt aber die Schwächen einer reinen Konstruktion. Das Eigentümergrundpfandrecht wird darin nach seiner subjektiven Seite nur als ein Ausfluß des Eigentumsrechts angesehen, nach seiner objektiven Seite jedoch als ein wirkliches Sicherungsrecht, als ein — wenn auch nur begrenztes — *dingliches* Recht behandelt. Übersehen wird dabei, daß das Eigentümerpfandrecht im Ausmaß seiner subjektiven Befugnisse in dem Eigentum nicht völlig aufgeht, sondern gerade in seiner Hauptbefugnis darüber hinausreicht. Denn erst das Pfandrecht sichert dem Pfandgläubiger einen bestimmten Rang. Das Eigentumsrecht allein ohne Pfandrecht besitzt diese rangsichernde Wirkung nicht.

Die Wertparzellentheorie[24]) nimmt einen ganz anderen Ausgangspunkt. Sie fußt auf dem Prinzip der festen Pfandstellen. Sie erblickt in dem Eigentümergrundpfandrecht nur eine Befugnis des Eigentümers, die kein dingliches Recht sei, sondern nur die gesetzliche Form für das lastenfreie Eigentum an einem bestimmten Grundstücksteil gegenüber dem belasteten Eigentum an anderen Teilen.

Nach dieser Lehre ist nicht das Grundstück selbst der Gegenstand der Belastung und das Haftungsobjekt sondern der Geldwert des Grundstückes, aufgelöst in einzelne reale Wertteile, von denen jedem Berechtigten der Erlös eines bestimmten Teils zum Zwecke seiner Befriedigung zugewiesen sei. Die Rangordnung wird von den bei der Grundstücksbelastung den einzelnen Berechtigten eingeräumten festen Plätzen bestimmt. Ohne den übereinstimmenden Parteiwillen kann nach keiner Seite hin eine Verschiebung eintreten, oder eine Ausdehnung der Belastung auf weitere Wertteile oder gar auf das ganze Grundstück vorgenommen werden. Danach ist das Eigentümergrundpfandrecht nichts

[24]) Hauptvertreter: OBERNECK bei Gruchot 47, 306; 50, 551 ff.

anderes als die vom Eigentumsrecht abgeleitete Befugnis des Eigentümers, über einen bestimmten Wertteil seines Grundstücks bezw. über dessen Erlös selbst zu verfügen, und zwar den Wertteil, der ihm kraft Gesetzes zufällt, wenn dessen zu Gunsten eines Grundpfandgläubigers bestehende Pfandverstrickung entweder beseitigt wird oder aus irgendeinem Grunde lediglich eine formale, aber materiell nicht oder nicht mehr wirksame ist.

Eine Abwandlung der Wertparzellen-Theorie[25]) setzt an die Stelle der realen Wertparzellen eine ideelle Teilung, läßt also die Einheit der Pfandsache als der Haftungsgrundlage auch bei einer mehrfachen Belastung unberührt. Sie zieht aber daraus, daß einem jeden Realberechtigten bei der Pfandverwertung nur ein seinem Rang entsprechender Erlösanteil zusteht, den Schluß, daß das Recht eines jeden Grundpfandgläubigers unter mehreren Rechten nicht das ganze Grundstück erfasse sondern über die eigene Rangstelle hinaus sich nur auf den von Belastungen freien Wertteil des Grundstücks erstrecke. Das Eigentümergrundpfandrecht ist nach dieser Konstruktion das Vorzugsrecht des Eigentümers an dem ideellen Grundstücksteil, der unbelastet ist. Dieses Vorzugsrecht hat der Eigentümer entweder durch die Beseitigung bestehender Belastungen zurückgewonnen oder unmittelbar durch die Bestellung eines Eigentümerpfandrechtes nach § 1196 BGB für sich aus seinem Ganzeigentum ausgesondert. Das Recht hat aber, solange das Eigentumsrecht des Bestellers an dem Grundstück besteht, für diesen nur formale Bedeutung.

Die Wertparzellentheorie hat sich für das gesamte Liegenschaftsrecht in keiner Lehrform durchsetzen können. Sie wird daher auch in ihrer Anwendung auf das Wesen und die rechtliche Struktur des Eigentümergrundpfandrechtes von der Mehrheit der Schriftsteller abgelehnt[26]). Mit Recht. Denn das Liegenschaftsrecht des BGB kennt das System der festen Pfandstellen nicht. Es beruht auf dem Prinzip der *Gesamt*haftung des Objekts für alle Realgläubiger. Jedem Gläubiger haftet das *ganze* Grundstück und nicht nur ein nach Maßgabe der mit Vorrang eingetragenen Belastungen zu ermittelnder Wertteil. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift darüber fehlt zwar. Eine solche ist aber im Hinblick auf die Bestimmungen, die ein Aufrücken der Nachberechtigten zulassen, entbehrlich. Die Nachberechtigten rücken z. B. auf, wenn der Eigentümer sein Grundpfandrecht gemäß § 875 BGB aufgibt (Aufgabeerklärung des Eigentümers *und* Löschung des Rechts im Grundbuch)[27]), oder wenn eine Hypothek mit

---

[25]) Bruck, S. 154. Dagegen: Fuchs, S. 250; Kindel, Festgabe für Koch, S. 77; RG. 60, 254.

[26]) s. Noten 25 und 28.

[27]) vergl. hierzu JFG 4, 437, worin mit Recht die Anwendbarkeit des § 1168 BGB (Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek) auf Eigentümergrundpfandrechte verneint wird, da ein Verzicht die Aufgabe des dinglichen Rechts durch den Gläubiger und die Erhaltung des Rechts für den Eigentümer nur dann ermögliche, wenn Gläubiger und Eigentümer *verschiedene* Personen seien. Die Beseitigung eines Eigentümergrundpfandrechts könne daher nur durch die Aufgabe und Löschung des Rechts im Sinne von § 875 BGB erfolgen.

Zustimmung des Eigentümers gelöscht wird (§ 1183 BGB). Am deutlichsten offenbart sich das Prinzip der Einheitshaftung des Grundstücks für alle Belastungen in der Vorschrift des § 1179 BGB über die vertraglich bedungene Löschungspflicht des Eigentümers im Falle einer Konsolidation seines Eigentums mit der Hypothek. Durch deren Anwendung kann zu Gunsten eines Anderen, insbesondere eines Nachberechtigten, der Fortbestand eines Eigentümergrundpfandrechtes und damit einer freien Wertparzelle überhaupt verhindert werden.

Die Rechtsprechung lehnt mit der gleichen Beweisführung die Wertteiletheorie für das geltende Recht ab[28]).

Die Vertreter der dem deutschen Rechtsdenken entsprungenen Haftungstheorie[29]) versuchen eine Lösung des Problems vom Eigentümergrundpfandrecht durch die Heranziehung der Lehre, die für jedes Schuldverhältnis einen Unterschied zwischen Schuld und Haftung konstruiert. Schuldner ist demnach nur das Rechtssubjekt selbst als Vermögensträger und Inhaber wirtschaftlicher Werte. Haftender ist dagegen das Vermögen mit allen seinen Sachgütern oder mit nur einem Teil davon. Als besonderer Fall gilt dieser Lehre die reine Sachhaftung, bei der für eine persönliche Schuld nicht eine Person mit ihrer Sache, sondern nur die Sache selbst haftbar sei. Diese Lehre geht also von der Vorstellung aus, daß eine Haftung, auch eine reine Sachhaftung, immer nur in Verbindung mit einer entsprechenden Schuld denkbar sei. In unserem Problemkreis stößt aber diese Lehre sofort auf die nicht zu überwindende Schwierigkeit, daß schon die Fremdgrundschuld, obwohl diese nach allseitiger Anerkennung ein echtes Grundpfandrecht ist und ein Haftungsverhältnis begründet, eine persönliche Schuld neben der dinglichen Haftung nicht verlangt und voraussetzt. Die Grundschuld *kann* zwar der Sicherung einer persönlichen Forderung dienen, ist jedoch begrifflich und rechtlich von einer solchen nicht abhängig.

Um darüber hinwegzukommen, greift die Haftungstheorie auf die Grundlage ihres Lehrgebäudes, die Zweiheit von persönlicher Schuld (dem Leistensollen) und Haftung zurück. Sie sieht hiernach in der Grundschuld eine Belastung derart, daß der jeweilige Eigentümer bestimmte Leistungen schulde, daß aber für diese Schuld ohne Rücksicht auf einen Eigentümerwechsel ausschließlich das belastete Grundstück verhaftet sei. Sie betrachtet mithin die Grundschuld als eine Schuld, für die nur eine reine Sachhaftung bestehe. Bei der Eigentümergrundschuld versagt diese Konstruktion schon deswegen, weil bei dieser von einer Schuld des Eigentümers, von einer ihm obliegenden Leistung, nicht die Rede sein kann. Nach den Gesetzen der Logik kann niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein. Diese entscheidende Frage beantwortet die jetzt behandelte Lehre damit, daß sie dem Eigentümer einen Anspruch gegenüber dem demnächst zur Ver-

---

[28]) vergl. RG 60, 254; STAUDINGER § 1177[4].

[29]) FÖRSTER-ECCIUS, S. 601 (Koch-Delbrück); DÜMCHEN in Jher. Jahrb. 54, 355 ff.

teilung gelangenden Erlös als ein selbständiges Recht und nicht als eine Auswirkung der dinglichen Grundstückshaftung zuspricht.

Eine Spielart dieser Lösung ist die Konstruktion einer bedingten Schuld[30]), bedingt dadurch, daß das Eigentümergrundpfandrecht auf einen Nichteigentümer übergeht, oder daß im Vollstreckungsverfahren Forderungen des Eigentümergrundpfandgläubigers in Bezug auf den Erlös zur Entstehung gelangen.

Andere in diesem Zusammenhang zu erwähnende Lehrmeinungen versagen dem Eigentümerpfandrecht den Charakter einer echten Objektsschuld überhaupt[31]). Sie sehen darin nur ein vorbereitendes Rechtsgeschäft und nur eine Haftbarmachung des Grundstücks für eine eventuelle Schuld[32]).

Eine Mittellösung zwischen der Haftungs- und der Wertparzellentheorie sucht die Ansicht[33]), welche in der Eigentümerpost die Formalisierung eines *ideellen* Grundstückswertteils zum Zwecke der Haftung für eine bedingte Schuld erblickt und annimmt, daß die Eigentümerpost nur die Gewinnung bezw. die Rückgewinnung eines haftungsfreien Wertteils des Grundstücks bedeutet.

Die Schwäche dieser Konstruktion liegt in der Heranziehung der schon oben als nicht haltbar erkannten Wertparzellentheorie.

Die auf dem besonderen Haftungsbegriff und dem fragwürdigen Dualismus von Schuld und Haftung fußende Lehre krankt im Gebiet des Eigentümergrundpfandrechtes schon daran, daß die Figur einer „eventuellen Schuld" nicht ein organisch in dem Gesetzesgefüge des Sachenrechts, insbesondere des Pfandrechts, wurzelndes sondern ein rein künstlich-konstruktives Zweckgebilde ist.

Die Rechtslehre und die Rechtsanwendung der neueren Zeit zeigen bei ihrer Stellungnahme zum Problem des Eigentümergrundpfandrechts das Bestreben, dieses in den Kreis der dinglichen Rechte als ein wirkliches Grundpfandrecht einzuordnen, sei es als echte Grundschuld, sei es als Hypothek oder sei es als Mittelding zwischen Hypothek und Grundschuld[34]). Auch hat man den Versuch gemacht, das Eigentümergrundpfandrecht als ein absolutes Recht besonderer und eigener Art den Grundpfandrechten an die Seite zu stellen und in die Systematik der dinglichen Grundstückrechte einzureihen. Dieser Versuch geht von der Erwägung aus, daß das Eigentümergrundpfandrecht keine wahre Grundstücksbelastung darstelle. Denn es fehle dem Eigentümergrundpfandrecht der Charakter eines die Verbindung zwischen dem Eigentümer und dem ding-

---

[30]) KGJ 20 A 192; 21 A 159 und andere.

[31]) PREDARI, S. 217 „Wertrecht an eigener Sache"; GÜTHE-TRIEBEL II, S. 1786: „Die Eigentümerhypothek ist also Eigentum und nicht Hypothek. Die Eigentümerhypothek ist das Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Hypotheken- oder Grundschuldrangstelle."

[32]) s. auch DERNBURG, § 220 (Sukzessionstheorie, „Einrücken des Eigentümers in die freiwerdende Hypothek").

[33]) FÖRSTER-ECCIUS, S. 605, Abs. 2.

[34]) vergl. WOLFF, S. 546/II.

lich Berechtigten herstellenden Rechtsverhältnisses, es gehe also neben dem Eigentum einher und lasse den Herrschaftsbereich des Eigentümers unangetastet[35]). Das Eigentümergrundpfandrecht könne somit keine echte Grundschuld sondern nur ein dem Eigentümer an seinem Grundstück zustehendes dingliches Recht besonderer Art sein. Dieses verschaffe ihm nach Maßgabe seines Rangs die Anwartschaft auf die Zuteilung einer bestimmten Erlösquote beim Zwangsverkauf.

Diese praktisch nicht bedeutungsvolle Konstruktion verkennt, daß das Eigentümergrundpfandrecht zu den wirklichen Grundpfandrechten gehört, da es der Gesetzgeber als solches gedacht, ausgestaltet und dem Immobiliarpfandrecht eingegliedert hat. Das Eigentümergrundpfandrecht ist, mag es nun in der Form der Eigentümerhypothek im eigentlichen Sinne oder der der Eigentümergrundschuld auftreten, schon deswegen immer eine echte Grundschuld, also ein Grundpfandrecht.

Daß die Eigentümer*hypothek* (die Regreßhypothek) wesensmäßig keine von der Eigentümergrundschuld abweichende Beurteilung erheischt, geht unmittelbar aus § 1177 Abs. 2 BGB hervor, der die Stellung des auch eine persönliche Forderung besitzenden Gläubiger-Eigentümers für die Dauer der Vereinigung der Forderung mit dem Eigentum der Stellung eines Grundschuldgläubigers angleicht. Für das Stadium der Vereinigung ist die Verknüpfung der Forderung mit dem dinglichen Recht nur eine äußerliche. Sie bleibt ohne innere Auswirkung, weil keine Haftungsbeziehung zwischen der persönlichen Forderung und dem Grundstück besteht, also gerade das fehlt, was das Wesen der Hypothek ausmacht. Der Eigentümer-Gläubiger kann wegen seiner persönlichen Forderung nur gegen den Schuldner vorgehen. Auf sein eigenes Grundstück kann er nicht zugreifen, da ihm die Vollstreckung in das eigene Grundstück (§ 1197 BGB) ebensowenig zusteht wie dem Eigentümergrundschuldgläubiger.

Man braucht mithin bei der Wesensbestimmung des Eigentümergrundpfandrechts zwischen der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld keinen Unterschied zu machen[36]).

Wenn das Kammergericht[37]) davon spricht, daß das Eigentümergrundpfandrecht in allen Formen nur eine hypothekenähnliche Belastung eines Grundstücks sei, die von einer eigentlichen Hypothek nur insoweit abweiche, als die Personengleichheit von Eigentümer und Gläubiger, und (bei der Eigentümergrundschuld) das Nichtbestehen einer Forderung es verlangten, so ist diese Auffassung zu eng. Danach wäre jedes Eigentümergrundpfandrecht nur eine Zwischenstufe in der Entwicklung eines Grundpfandrechtes zur vollen pfandrechtlichen Wirksamkeit. Da aber jedes Eigentümergrundpfandrecht dem Eigentümer und Gläubiger ein sofort und unmittelbar nach außen wirkendes Objektsrecht verschafft, ist das Recht nicht hypothekenähnlich sondern *gleich* einer Hypothek ein echtes

[35]) s. Conrad, S. 55.
[36]) So auch RG 70, 357 und andere.
[37]) KGJ 27 A 131.

Pfandrecht, eine Grundschuld besonderer Art. Die Besonderheit besteht darin, daß das Recht nicht einem Anderen sondern dem Eigentümer selbst zusteht, daß gewisse Gläubigerbefugnisse ruhen, daß das Verwertungsrecht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, und daß das Recht im Falle des § 1177 Abs. 1 BGB (der Konsolidation) wegen der Verzinsung und der Zahlungsmodalitäten den für die frühere Forderung geltenden Abreden unterworfen ist[38]). Die Vorschrift des § 1197 BGB, die dem Eigentümerhypothekar das Recht versagt, selbst zum Zwecke seiner Befriedigung die Zwangsvollstreckung des Grundstücks zu betreiben, spricht nicht gegen die Pfandrechtsnatur der Eigentümergrundschuld. Es gehört nicht notwendig zum Wesensinhalt eines Pfandrechts, daß der Pfandberechtigte selbst die Pfandverwertung veranlassen und durchsetzen kann. Zum Pfandrecht gehört nur, daß der Berechtigte bei der Pfandverwertung mit einem der Pfandbelastung entsprechenden Vermögenswert berücksichtigt wird. § 1197 Abs. 1 BGB soll verhindern, daß der Eigentümerhypothekar sein Pfandrecht durch eine Zwangsverwertung des Grundstücks zur Unzeit und zum Schaden anderer Realberechtigter mißbraucht[39]).

Daß ein Pfandrecht an dem eigenen Grundstück neben dem Eigentumsrecht einen guten Sinn und einen praktischen Wert hat, ist oben schon dargetan worden. Es verschafft dem Eigentümer im Umfange des Rechts einen dinglichen Rang, der ihm auf Grund des Eigentumsrechts allein noch nicht zukommt[40]).

Wenn nun das Eigentümerpfandrecht ein echtes Grundpfandrecht ist, dann muß es als Pfandrecht logischerweise auch eine Funktion der dinglichen und persönlichen Sicherung haben. Die These, daß niemand sein eigener Gläubiger und Schuldner sein kann, ist an sich richtig. Der gesicherte Anspruch braucht aber nicht notwendig eine Forderung in dem üblichen und regelhaften Sinne zu sein. Der Eigentümer, der zugleich Eigentümergrundpfandgläubiger ist, ist nicht der Schuldner einer aus einem persönlichen Schuldverhältnis ihm selbst gebührenden Geldforderung. Eine solche Konstruktion wäre widersinnig. Aber sein Grundstück, seine Liegenschaft als ein rechtlich und wirtschaftlich eine *Sonder*stellung einnehmender Bestandteil seines Vermögens, schuldet dem Gläubiger einer *jeden* Grundschuld eine nur aus dem Grundstück zu entnehmende und realisierbare Geldsumme. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Geldsumme einem Anderen oder dem Eigentümer selbst gebührt. Die Identität von Eigentümer und Gläubiger stört mithin nicht den Pfandrechtscharakter und die Sicherungsfunktion der Grundschuld.

Solange der Gläubiger der Eigentümer ist, hat das Gläubigerrecht an der aus dem Grundstück zu leistenden Geldforderung für ihn allerdings nur die Bedeutung eines formalen Rechts. Dies ist noch kein selbständiges Vermögensobjekt, besitzt aber negativ den Wert, daß der Eigentümer

[38]) So auch RG 70, 357.
[39]) vergl. SOERGEL, § 1197, Anm. 1.
[40]) s. SOERGEL, § 1163, Anm. 1.

Kapital und Zinsen keinem Andern schuldet. Der Eigentümer — und das ist das Wesentliche — kann jedoch diesen Zustand jederzeit ändern. Wenn er die Eigentümerhypothek veräußert und das Grundstück behält, wird er Hypothekenschuldner. Umgekehrt wird er, sobald er aufhört, Eigentümer des Grundstücks zu sein, und wenn er das Recht behält, Hypothekengläubiger (bezw. Grundschuldgläubiger).

Letzten Endes waren es also reine Zweckmäßigkeitsgründe, praktische, wirtschaftlichen Notwendigkeiten Rechnung tragende Erwägungen, die — *zunächst* ohne Rücksichtnahme auf die theoretische Konstruktion — für die Aufnahme des Eigentümerpfandrechts in das Liegenschaftsrecht bestimmend gewesen sind. Das von dem Gesetzgeber als echtes Grundpfandrecht geschaffene und ausgestattete Eigentümerpfandrecht gibt dem Eigentümerhypothekar die Macht, das Aufrücken der Nachrechte zu verhindern, an der Rangstelle seines Rechts die Objektsbelastung zu seinen Gunsten beim Ausscheiden des Grundstückes aus seinem Vermögen als Anspruch auf einen entsprechenden Anteil am Erlös geltend zu machen oder beim Bestehenbleiben des Rechts dieses als echte Fremdgrundschuld für sich in Anspruch zu nehmen oder auch beim Weiterbestand seines Eigentums in ein Fremdgrundpfandrecht umzuwandeln.

3. Die einzelnen Fälle des Eigentümergrundpfandrechtes und ihre Entstehungsgründe:

Es lassen sich zwei Gruppen unterscheiden, von denen die erste Gruppe die ursprünglichen Eigentümergrundschulden, die zweite die aus einer Fremdhypothek entwickelten Eigentümergrundpfandrechte umfaßt. Beiden ist gemeinsam, daß die Entstehung des Rechts zwar nicht mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen, dessen Beseitigung jedoch durch die Eintragung einer Löschungsvormerkung zu Gunsten eines Anderen, insbesondere eines Realgläubigers, dessen Recht im Range nachgeht, obligatorisch gesichert werden kann (§ 1179 BGB).

a) Gelangt die durch die Hypothek zu sichernde Forderung nicht zur Entstehung, dann fällt die Hypothek als Grundschuld dem Eigentümer zu (§ 1163 BGB). Diese Folge tritt unter der Voraussetzung, daß das dingliche Recht selbst wirksam begründet worden ist, bei allen Hypotheken ein, also auch bei den Sicherungshypotheken. Ohne Einfluß ist, ob die Begründung der Hypothek durch ein Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung geschehen ist (Zwangs- und Arresthypotheken, §§ 866, 932 ZPO). Fehlt es bei der rechtsgeschäftlichen Hypothekenbestellung an der im materiellen Recht (§ 873 BGB) vorgeschriebenen rechtswirksamen Einigung, dann entsteht überhaupt kein dingliches Recht, also auch keine Eigentümergrundschuld. Dies ist heute die überwiegend vertretene Meinung[41]). Die nichtige oder im Falle einer erfolgreichen

[41]) RG 68, 101; 70, 357; 106, 139; Horn, S. 72; Bruck, S. 165; Staudinger, § 1163 II 12: „Bei der zweiten Lesung wurde ein Antrag auf Zu-

Anfechtung der Einigung vernichtete Hypothek (Scheinhypothek) kann keine Grundstücksbelastung bilden und daher auch nicht dem Eigentümer anheimfallen. Bei einer unwirksamen Hypothek hat der Eigentümer lediglich einen Berichtigungsanspruch an den Gläubiger auf Löschung. Auch ist eine Grundbuchberichtigung im Wege des § 22 GO möglich. § 1196 BGB, der die Bestellung einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld *ohne* eine Einigung zuläßt, bildet kein Gegenargument. Denn § 1196 BGB regelt einen Sonderfall der Belastung eines Grundstückes durch den Eigentümer selbst, einen Fall, in dem die Einigung durch ein *ein*seitig vom Eigentümer selbst vorzunehmendes Rechtsgeschäft ersetzt wird. § 1163 Abs. 2, der bestimmt, daß bei Briefposten bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger die Hypothek dem Eigentümer zusteht, enthält keine Abweichung von dem Grundsatz, daß zur Begründung eines Grundpfandrechts, auch des Eigentümergrundpfandrechts (von dem Sonderfall des § 1196 BGB abgesehen), stets eine materiell wirksame Einigung unerläßlich ist. Ohne die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger kann die ursprünglich in der äußeren, buchmäßigen Form einer Fremdhypothek vom Eigentümer *ein*seitig bestellte Eigentümergrundschuld trotz der Briefübergabe an den Gläubiger sich nicht in eine Fremdhypothek verwandeln. Die Umwandlung ist von der rechtswirksamen Einigung abhängig. Eine wirksame *formal*rechtliche Eintragungsbewilligung (§ 19 GO) muß ebenfalls vorliegen. Dies gilt auch für den Fall der *einseitigen* Bestellung einer Eigentümergrundschuld nach § 1196 BGB. Die *materiell*-rechtliche Erklärung des Eigentümers nach § 1196 Abs. 2 BGB, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden solle, wird zwar in der Regel die *formal*-rechtliche Eintragungsbewilligung nach § 19 GO. mitumfassen, könnte aber ausnahmsweise auf ihre materiell-rechtliche Wirkung beschränkt sein, wenn der Eigentümer ein Interesse daran hat und die Beschränkung in geeigneter Weise zum Ausdruck bringt (wenn er z. B. die materielle Eintragungserklärung von der formalrechtlichen Bewilligung zeitlich trennen will). Die Eintragungsbewilligung nach § 19 GO bildet die Grundlage für *jeden* rechtsgeschäftlichen dinglichen Rechtserwerb, also auch für den Erwerb eines Eigentümergrundpfandrechts, ohne Rücksicht darauf, ob eine materiell wirksame Einigung bezw. Erklärung bereits vorhanden ist[42]).

Bei den Zwangshypotheken, die nach § 867 ZPO mit der Eintragung entstehen, treten an die Stelle der rechtsgeschäftlichen Eintragungsbewilligung die verfahrensrechtlich vorgeschriebenen Voraussetzungen für den Beginn und die Durchführung der Zwangsvollstreckung, insbesondere nach §§ 704, 724, 750 ZPO. Fehlt es daran, dann entsteht auch hier trotz der

---

lassung einer Eigentümerhypothek in solchen Fällen ausdrücklich abgelehnt, da er auf einer Überspannung des Prinzips beruhe" (Protokolle III, 603); a. M. WOLFF, § 145, S. 538[3]; HECK, S. 354 ff.

[42]) s. GÜTHE-TRIEBEL, § 19; 11, 20—22: „Die Frage, ob die Einigung notwendig die Eintragsbewilligung in sich schließt, ist zu verneinen."

Eintragung kein dingliches Recht[43]). Das Gesetz kennt sachlich ungültige, nur formal, d. h. nur buchmäßig erscheinende Grundstücksrechte. Es bekräftigt damit seinen Standpunkt, daß beim Fehlen der dinglichen Grundlage auch ein Eigentümergrundpfandrecht nicht entstehen kann. Als Beispiel sei § 50 ZVG angeführt. Dieses regelt die Ersatzzahlungspflicht des Erstehers für nicht bestehende Hypotheken. Ein derartiger Fall könnte niemals praktisch werden, wenn alle nicht entstandenen Hypotheken, darunter auch die materiell unwirksam begründeten Hypotheken, als Grundschulden dem Eigentümer zufielen.

Bei der Hypothek können die Gründe für das Nichtentstehen der Forderung verschiedener Art sein: fehlende Willensübereinstimmung, Willensmängel, Nichtigkeit usw. Bei einer aufschiebend bedingten Forderung kommt es bis zum Eintritt der Bedingung zu einem Schwebezustand. Bis zu dessen Beendigung ist die Hypothek Eigentümergrundschuld, aber ohne das Recht des Eigentümers, darüber zu verfügen (§§ 161, 1113 BGB). Die Forderung kann auch *nach* der Eintragung der Hypothek erst entstehen, bei Darlehensbuchhypotheken sogar das übliche Verfahren. Erst mit der Darlehnshingabe (§ 603 BGB) wird aus der bis dahin bestehenden Eigentümergrundschuld selbsttätig eine Fremdhypothek zu Gunsten des eingetragenen Gläubigers oder seines Rechtsnachfolgers[44]).

Lebhafter Streit[45]) herrscht über die rechtliche Behandlung der nichtvalutierten *Grundschuld* im Bereich des Eigentümergrundpfandrechts. Man versteht unter einer nicht valutierten Grundschuld eine Fremdgrundschuld, die zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt, für die aber der bedungene Gegenwert nicht geleistet ist. Der rechtliche Bestand einer Grundschuld ist nicht davon abhängig, daß die Valuta geleistet ist. Das dingliche Recht wird gemäß § 873 BGB durch die dingliche Einigung und die Eintragung wirksam geschaffen. Die Verflechtung der Grundschuld mit einer persönlichen Forderung hat demnach auf deren dingliche Rechtswirksamkeit keinen Einfluß. Die rechtlichen Schicksale der Grundschuld und der Forderung sind anders als bei der Hypothek nicht miteinander verknüpft. Die Grundschuld, die als Gegenwert zu einer vom Gläubiger zu erbringenden Leistung bestellt ist, hat jedoch wie die Hypothek trotz ihrem anderen rechtlichen Aufbau eine Sicherungsfunktion, in Abweichung von den Grundschulden, die unabhängig von einer Gegenleistung nur der Erfüllung, der Befriedigung des Gläubigers oder einem ähnlichen wirtschaftlichen Zweck dienen. Die Streitfrage ist nun die, ob die nicht valutierte Grundschuld eine Fremdgrundschuld ist und bleibt oder eine Eigentümergrundschuld wird. Die Antwort ist von der Anwendbarkeit des § 1163 BGB auch auf diesen Fall abhängig. Sie lautet in der Rechtslehre und in der Rechtssprechung verschieden[46]). Das Reichsgericht

[43]) KGJ 49 A 236, 53 A 195; Soergel, § 1163, Anm. 2.
[44]) vergl. RG 51, 43; 60, 21.
[45]) vergl. RG 78, 68; Soergel, § 1192, Anm. 2; Kalpers.
[46]) s. Staudinger, § 1192[7]; s. auch Note 45.

hat sich in mehreren Entscheidungen mit dieser Frage befaßt und die Anwendbarkeit des § 1163 BGB zutreffend verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt, daß die Vorschrift des § 1163 BGB auf der akzessorischen Natur der Hypothek beruhe. Die Akzessorietät des dinglichen Rechts zur Forderung lasse eine Hypothek *ohne* eine Forderung nicht zur Entstehung kommen. Nach § 1192 BGB fänden aber auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek nur insoweit Anwendung, als sich nicht aus dem Wesen der Grundschuld, die eine Forderung nicht voraussetze, Abweichungen ergäben. Die dingliche Belastung erfasse, da die Lehre von den Wertteilen eines Grundstückes abzulehnen sei, das ganze Grundstück. Jedes dingliche Recht brauche hinter einem anderen im Rang besser gestellten Recht nur dann zurückzutreten, wenn dieses Recht materiellen Rechtsbestand besitze. Die bei der Hypothek für den Eigentümer geschaffene Ausnahme eines beim Wegfalle der persönlichen Forderung entstehenden Eigentümergrundpfandrechts gelte nur für die Hypothek. Die rechtliche Unabhängigkeit der Grundschuld von einer Forderung unterwerfe einerseits das Entstehen der Grundschuld nur den dinglichen Voraussetzungen, versage aber andererseits der Nichtleistung der Valuta die Wirkung einer selbsttätigen Übertragung des Gläubigerrechts von dem eingetragenen Gläubiger auf den Eigentümer. Wenn daher bei der Eintragung einer Fremdgrundschuld mit Sicherungsfunktion keine Valuta geleistet sei, dann erwerbe der eingetragene Fremdgläubiger trotzdem das *dingliche* Recht. Der Eigentümer könne es diesem zwar wieder entziehen, aber nur mit dem Mittel der Kondiktion nach §§ 812 ff. BGB. Damit müsse der Eigentümer entweder die Löschungsbewilligung des Gläubigers oder die Übertragung des Rechts vom Gläubiger auf sich, den Eigentümer, somit die Umwandlung der Fremdgrundschlud in eine Eigentümergrundschuld, erzwingen. Verzichte der Gläubiger auf die Grundschuld, dann träten die gleichen Wirkungen wie bei einer Kondiktion ein. Bei einem Verzicht des Gläubigers falle also auch die nicht valutierte Grundschuld als Eigentümergrundschuld dem Eigentümer anheim. Denn die Verzichtserklärung des Gläubigers sei einer Abtretungserklärung zu Gunsten des Eigentümers gleichzuachten.

In der Liegenschaftsvollstreckung gewinnt diese zu billigende Auffassung des Reichsgerichtes eine besonders augenfällige praktische Bedeutung. Die ganz oder teilweise nicht valutierte Grundschuld kann zu Gunsten des Eigentümers nur dann Berücksichtigung finden, wenn der eingetragene Gläubiger in irgendeiner Weise aus seiner dinglichen Rechtsstellung zu Gunsten des Eigentümers weicht. Verzichtet er auf die Grundschuld, dann tritt der Eigentümer, soweit der Verzicht reicht, an seine Stelle. In diesem Zusammenhang erscheint ein weiteres, sehr schwierig zu lösendes Problem, nämlich die Frage, ob der Gläubiger der nichtvalutierten Grundschuld einen Verzicht mit dieser Wirkung auch noch nach der Erteilung des Zuschlags, also nach dem Eigentümerwechsel (Schuldner — Ersteher) erklären kann. Eine weitere Frage ist die, ob schon der Umstand, daß der Gläubiger nur einen Teil des ihm nach dem Verteilungs-

plan zufallenden Erlöses in Anspruch nimmt, einen Verzicht zu Gunsten des Eigentümers (Subhastaten) enthält. Schließlich wäre die Kernfrage des ganzen Problems zu behandeln, ob die Erlösrechte, insbesondere der Zahlungsanspruch aus § 92 ZVG, überhaupt noch Grundstücksrechte sind und damit den grundpfandrechtlichen Bestimmungen unterworfen bleiben. Die Beantwortung dieser Fragen liegt außerhalb der gestellten Aufgabe. Denn es handelt sich dabei nicht mehr um wirkliche Grundpfandrechte, also auch nicht mehr um einen Anwendungsfall des Eigentümergrundpfandrechts. Die nicht bestehenbleibenden Grundpfandrechte erlöschen. An ihre Stelle tritt ein Zahlungsanspruch hinsichtlich des Erlöses, also ein anders geartetes Recht, das allerdings dem erloschenen dinglichen Recht sein Dasein verdankt[48]).

Der eben entwickelten Auffassung des Reichsgerichts hat sich die Rechtsprechung[49]) fast ausnahmslos angeschlossen. Die Rechtslehre[50]) ist ihr mit teilweise wirtschaftlichen Erwägungen entgegengetreten, davon ausgehend, daß man bei einer folgerichtigen Durchführung des Rechtsgedankens von den Eigentümergrundpfandrechten in *allen* Fällen des Freiwerdens eines Grundpfandrechts, einer Hypothek oder einer Grundschuld, die Entstehung eines Eigentümerpfandrechts bejahen müsse.

Unter den Schriftstellern, die zum Teil für diese Lösung neben den §§ 1163 und 1192 auch §§ 1183 (Zustimmung des Eigentümers zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung einer Hypothek) und 1198 BGB (Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt) heranziehen, damit aber wenig Gefolgschaft gefunden haben, bringt GÜTHE[51]) die beste Begründung. GÜTHE ist der Ansicht, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld bei der nichtvalutierten *Hypothek* nicht auf der akzessorischen Natur der Hypothek beruhe. Das Entstehen der Forderung sei vielmehr nur die Bedingung, unter der das dingliche Gläubigerrecht bestellt, und mit deren Eintritt dieses erst wirksam werde. Daraus sei zu schließen, daß § 1163 BGB auch auf die zur Sicherung einer Forderung bestellte, aber nicht valutierte Grundschuld anwendbar sei. Denn diese Bedingung — das Entstehen einer Forderung — finde sich auch bei der Grundschuld, die im Regelfalle aus einer Forderung ihren Ursprung herleite, also ebenfalls eine Sicherungsfunktion besitze.

Diese auch von der Rechtsprechung[52]) abgelehnte Auffassung ist nicht

---

[47]) RG 60, 251; 78, 61.

[48]) s. hierzu WECKER, S. 31, 34. Wecker kommt zu dem von der herrschenden Meinung (vergl. RG 76, 374) abweichenden Ergebnis, daß die Erlösrechte kraft der Surrogation Grundpfandrechte bezüglich des an die Stelle des Grundstücks getretenen Erlöses geworden seien und daher der Herrschaft des Immobiliarpfandrechts unterworfen blieben.

[49]) s. STAUDINGER, § 1192[9].

[50]) HACHENBURG, D. Jur. Ztg. 1906, 297; OBERNECK, I. 43; JAECKEL bei Gruchot 50, 604; HECK, § 100 [5]a.

[51]) D. Jur. Ztg. 1908, 931.

[52]) vergl. SOERGEL, a.a.O.

haltbar, weil der Grundschuld als einer bloßen, nur aus dem Grundstück zu erfüllenden Zahlungsverpflichtung jede *rechtliche* Verknüpfung mit einer wenn auch nur bedingten persönlichen Forderung fehlt. Die Akzessorietät der *Hypothek* besteht für alle Fälle. Denn die Forderung gehört zum Wesensinhalt der Hypothek. Daß das Gesetz an der Akzessorietät der Hypothek unter allen Umständen festhält, beweist die Vorschrift des § 1138 BGB. Darin mußte zur Aufrechterhaltung und konsequenten Durchführung des den gutgläubigen Rechtserwerb tragenden Öffentlichkeitsprinzips bestimmt werden, daß für den gutgläubigen Erwerb des dinglichen Hypothekenrechts der Bestand der Forderung, an der es einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten nicht gibt, unterstellt wird. Eine Ausnahme bildet nur die Sicherungshypothek, die nicht das dingliche Recht sondern die persönliche Forderung in den Mittelpunkt des ganzen Hypothekenverhältnisses stellt (§ 1185 Abs. 2 BGB), den Erwerb des dinglichen Rechts daher von dem Forderungserwerb abhängig macht.

Mit der Rechtsprechung ist also daran festzuhalten, daß § 1163 BGB auf Grundschulden nicht ausgedehnt werden kann.

Die nichtvalutierte Grundschuld bleibt eine Fremdgrundschuld. Deren Wert und Gehalt sind allerdings durch den schuldrechtlichen Kondiktionsanspruch des Eigentümers, den dieser durch eine Klage oder auch durch eine Einrede geltend machen kann, eingeengt. Die Nichtleistung der bedungenen Valuta begründet eine Einrede, die in einem Rechtsverhältnis mit dem derzeitigen Gläubiger wurzelt, also eine Einrede nach § 1157 BGB. Diesem Gläubiger gegenüber wirkt die Einrede stets; dem gutgläubigen Rechtsnachfolger gegenüber jedoch nur dann, wenn sich der Eigentümer den obligatorischen Anspruch auf die Rechtsänderung durch die Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch hat sichern lassen, ausnahmsweise auch ohne eine derartige Sicherung im Falle des § 822 BGB, der einen *mittel*baren Bereicherungsanspruch gegen einen Beschenkten gewährt.

Die weiteren Entstehungsgründe eines Eigentümergrundpfandrechtes sind folgende:

b) Der Eigentümer kann nach § 1196 BGB von vorneherein für sich selbst eine Eigentümergrundschuld bestellen und damit den in seinem Grundstück steckenden Wert zur Kreditbeschaffung völlig oder teilweise mobilisieren.

Bei Briefhypotheken steht die Hypothek als Eigentümergrundschuld zwischen der Einigung und der Briefübergabe an den Gläubiger als Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zu. (Vorläufige Eigentümerhypothek.) Denn der Gläubiger einer Briefhypothek erwirbt diese nach § 1177 BGB erst dann, wenn der Eigentümer ihm den Brief übergibt. Kommt es aus irgend einem Grunde nicht zu der Aushändigung des Briefes, dann kann der Eigentümer das Grundbuch durch die Umschreibung der Post auf seinen Namen berichtigen lassen.

c) Wenn die gesicherte Forderung, gleichviel aus welchen Gründen, erlischt, geht die Hypothek auf den Eigentümer über, wobei zu beachten ist, daß die *Befriedigung* des Gläubigers zwar den häufigsten und wichtigsten Erlöschungsgrund bildet, daß aber viele Ausnahmefälle die Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechts ausschließen[53]), z. B. die Befriedigung des Gläubigers *aus dem Grundstück* (§ 1181 BGB), die Ablösung der Schuld durch einen anderen Berechtigten gemäß §§ 1150, 268 BGB, die Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner nach § 426 Abs. 2 BGB oder durch einen Bürgen (§ 774 BGB). Die gleiche Wirkung wie das Erlöschen der Forderung hat der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168 BGB). Diesen kann der Eigentümer dann verlangen und notfalls erzwingen, wenn er eine die Geltendmachung der Hypothek *dauernd* ausschließende Einrede besitzt, z. B. bei einer Kaufpreishypothek die Mängeleinrede aus § 478 BGB (§ 1169 BGB).

d) Der Ausschluß des Gläubigers mit der Hypothek im Aufgebotsverfahren (§§ 1170, 1171 BGB) und der Eigentumserwerb an dem von der Hypothek belasteten Grundstück (die Konsolidation) bilden weitere Erwerbsgründe für ein Eigentümergrundpfandrecht; desgleichen die Vereinigung des Eigentums mit dem Forderungsrecht in der Person des Eigentümers, der, ohne der persönliche Schuldner zu sein, den Gläubiger befriedigt hat oder dessen Rechtsnachfolger geworden ist. (§§ 401, 1143 BGB.)

e) Auf dem Gebiet des Zwangsvollstreckungsrechts entsteht nach § 868 ZPO aus einer Zwangshypothek zu Gunsten des Vollstreckungsgläubigers ein Eigentümergrundpfandrecht in den Fällen, in denen durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder deren vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet wird. Gleiches gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen angeordnet wird, oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung zugelassene Sicherheitsleistung erfolgt ist.

Eine Ausdehnung der für das Eigentümergrundpfandrecht entwickelten Grundsätze auf ähnliche Fälle ist ebensowenig zuzulassen wie deren Anwendung auf andere Rechtsgebilde, insbesondere die Reallast. Mit Recht wird die Entstehung einer Eigentümergrundschuld auch dann verneint, wenn der Hypothekengläubiger auf Grund einer Anfechtung im Konkursverfahren oder nach dem Anfechtungsgesetz rechtskräftig verurteilt worden ist, in die Löschung der Hypothek einzuwilligen[54]). Zins- und Neben-

---

[53]) vergl. STAUDINGER, § 1163[48].

[54]) KGJ 39 A 226: „Das Gesetz hat die Fälle, in denen eine Eigentümerhypothek entsteht, einzeln bestimmt, und darum ist es ausgeschlossen, diese auf andere Fälle zu übertragen. Eine Eigentümerhypothek könnte hier nur dadurch entstehen, daß die durch das Anfechtungsurteil ersetzte Erklärung des Hypothekengläubigers als eine Verzichterklärung im Sinne des § 1168 BGB aufgefaßt, und der Verzicht im Grundbuch eingetragen würde. Eine solche Auffassung ist jedoch ausgeschlossen."

leistungshypotheken können der Regel nach als Eigentümergrundpfandrechte nicht bestehen, damit sich nicht durch die Zahlung von Zinsrückständen zwischen die Hypotheken eines Grundstücks Eigentümergrundschulden einschieben, die durch den Grundsatz der Rangwahrung für den Grundstückseigentümer nicht gefordert werden und aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind. Das Anwendungsgebiet des Eigentümergrundpfandrechts erstreckt sich also grundsätzlich nur auf den Hypothekenstamm. Die Nebenleistungs- und Zinshypotheken erlöschen durch die Konsolidation, es sei denn, daß sie durch das Recht eines Andern, z. B. ein Forderungspfandrecht, gebunden sind (§ 1178 BGB).[55]).

4. Der Erwerb und die rechtliche Tragweite des Eigentümergrundpfandrechts:

Das Eigentümerpfandrecht fällt dem Eigentümer, sofern er dieses nicht schon als ein *ursprünglich* für ihn bestelltes Recht erwirbt, kraft Gesetzes zu (§§ 1163, 1168, 1173, 1174 BGB, § 868 ZPO). Einer Übertragung und Umschreibung im Grundbuche bedarf es nicht. Bei der Höchstbetragshypothek tritt der *endgültige* Anheimfall (ganz oder teilweise) jedoch erst dann ein, wenn unter das der Bestellung der Höchstbetragshypothek zu Grunde liegende Rechtsverhältnis (z. B. eine Geschäftsverbindung in laufender Rechnung) der Schlußstrich gezogen ist und feststeht, daß Ansprüche des Gläubigers nicht mehr vorhanden sind oder nur noch zu einem den Höchstbetrag nicht erreichenden *bestimmten* Betrag[56]).

Die durch den Heimfall der Hypothek geschaffene Unrichtigkeit des Grundbuchs kann der Eigentümer berichtigen lassen. Auch kann er die Herausgabe des Briefes verlangen (§ 952 BGB). Der eingetragene, materiell nicht oder nicht mehr berechtigte Gläubiger muß zu der Berichtigung seine Zustimmung geben (§ 894 BGB). Vermag der Eigentümer durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde, z. B. eine Quittung, die Änderung der materiellen Rechtslage gehörig nachzuweisen, kann er die Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GO im formalrechtlichem Berichtigungsverfahren erreichen. Gegen Nachteile, die infolge eines gutgläubigen Erwerbs des noch als Fremdrecht eingetragenen Eigentümergrundpfandrechts durch Dritte entstehen können, sichert den Eigentümer ein im Wege einer einstweiligen Verfügung oder kraft einer Bewilligung des Fremdgläubigers eingetragener Widerspruch (§ 899 BGB).

Wer (welcher Eigentümer) die Hypothek als Eigentümergrundschuld erwirbt, ist verschieden[57]). Hier sind die einzelnen Fälle auseinanderzuhalten.

---

[55]) vergl. RG 136, 79; 143, 286.

[56]) Heute anerkannt; vergl. STAUDINGER, § 1190 [14 15]; SOERGEL, § 1190[1] mit eingehendem Literaturnachweis.

[57]) STAUDINGER, § 1163[37].

Die für den Gläubiger nicht entstandene Hypothek (§ 1163 Abs. 1, Satz 1 BGB) fällt als Grundschuld dem Eigentümer zu, der im Zeitpunkt ihrer Eintragung Eigentümer war. Ist der Besteller nicht der wahre Eigentümer, sondern nur als Eigentümer eingetragen (Bucheigentümer), dann erwirbt der *wahre* Eigentümer die Grundschuld[58]). Die für den Gläubiger erloschene Hypothek erwirbt der Eigentümer, der zur Zeit des Erlöschens der Forderung der Eigentümer war (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine aus einer Zwangshypothek hervorgehende Eigentümerpost (§ 868 ZPO) erwirbt der Grundstückseigentümer, der das Eigentum hat in dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für das kraft Gesetzes sich vollziehende Entstehen der Eigentümerpost eintreten (die Aufhebung des Vollstrekkungstitels oder seiner Vollstreckbarkeit oder die Erklärung, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig sei, oder die Anordnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung, in allen drei Fällen in einer vollstreckbaren Entscheidung[59]). Tritt nach dem Entstehen des Eigentümergrundpfandrechtes ein Eigentümerwechsel ein, dann geht die Eigentümerpost nicht auf den neuen Eigentümer über. Diese bleibt vielmehr nunmehr als *Fremd*pfandrecht in der Hand des bisherigen Eigentümers, mag dieser auch dem neuen Eigentümer gegenüber *vertraglich* verpflichtet sein, die Belastung zu beseitigen (z. B. der Verkäufer nach § 439 BGB)[60]).

Miteigentümern steht das Eigentümergrundpfandrecht gemeinschaftlich zu, und zwar anteilig im gleichen Verhältnis zueinander wie die Eigentumsbruchteile diesen gehören. Gesamthandeigentümer sind Gläubiger der Eigentümerpost zur gesamten Hand[61]) (z. B. die Miterben eines zu einem noch ungeteilten Nachlaß gehörenden Grundstücks).

Bei einer nur teilweisen Befriedigung des Gläubigers, z. B. bei Tilgungsdarlehenshypotheken, bei einer Forderung, die nur einen Teil des gebuchten Betrages erreicht, z. B. bei Baugeldhypotheken, oder bei einem teilweisen Verzicht des Gläubigers auf seine Hypothek erwirbt der Eigen-

---

[58]) Wer der Eigentümer im Sinne des Gesetzes ist, kann zweifelhaft sein, insbesondere für den Fall der auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages bestellten Kaufpreishypothek. In diesem Falle kann die Hypothek nur dem *Erwerber* als Eigentümergrundschuld zustehen. Denn die Eintragung der Hypothek setzt den Eigentümerübergang voraus und erfolgt kraft der Bewilligung des Erwerbers als des neuen Eigentümers. Der Veräußerer, der zur Zeit der Eintragung der Hypothek nicht mehr Grundstückseigentümer war, kann aus der Nichtigkeit des Kaufvertrages allein weder die Rückauflassung des Grundstücks noch die Übertragung der Hypothek erlangen (s. auch RG 68, 101). — Besonderheiten hinsichtlich der Eigentümerhypothek bestehen im Erbhofrecht. Die Hypothek geht bei einer Veräußerung des Erbhofgrundstücks nicht ohne Weiteres auf den Erwerber über. Es ist aber anzunehmen, daß bei einem von Todeswegen erfolgten Übergang des Erbhofs (§ 19 Erbh.Ges.) auch die Eigentümergrundschuld am Erbhof auf den Anerben übergeht (vergl. STAUDINGER, § 1163 III 48^{20}).

[59]) s. STAUDINGER, § 1163^{27}.

[60]) vergl. STAUDINGER, § 1163^{37}.

[61]) s. auch RG 51, 398.

tümer nur einen entsprechenden Teil der Hypothek als Eigentümerpost. Die dadurch bewirkte Zerlegung einer Post in kleine Teilposten kann, zumal bei mehrfachem Eigentümerwechsel, zu erheblichen rechtlichen und technischen Schwierigkeiten führen. Die Teilung geschieht unmittelbar durch das Gesetz; sie bedarf also keiner rechtsgeschäftlichen Vollziehung. Das in der Hand des Gläubigers verbleibende Teilrecht hat innerhalb der Gesamtpost den Vorzug vor dem Eigentümerrecht, da der gesetzliche Übergang des Teilrechts auf den Eigentümer nicht zum Nachteil des Fremdgläubigers und seines ihm verbleibenden Rechts geltend gemacht werden kann (§ 1176 BGB).

Die Teilung wirkt sich bei verbrieften Rechten auch auf das Eigentumsrecht und das Besitzrecht an dem Brief aus. Der Gläubiger und der Eigentümer werden Miteigentümer des Briefes (§ 952 BGB), und zwar zu den den Hypothekenteilen entsprechenden Bruchteilen[62]). Der Eigentümer hat jedoch keinen Anspruch auf den Mitbesitz, da der Gläubiger den Brief gemäß seiner Zweckbestimmung als Legitimation allein in der Hand behalten muß. Das Recht eines jeden Gemeinschafters auf die Aufhebung des Miteigentums (§ 749 BGB) kann nur in der Weise ausgeübt werden, daß für den Eigentümer ein Teilbrief gebildet (§ 1152 BGB), der Stammbrief aber mit einer Beschränkung auf den dem Gläubiger verbliebenen Hypothekenteil diesem belassen wird. Der Stammbrief ist zu diesem Zweck der zuständigen Stelle (Notar oder Grundbuchamt) von jedem Besitzer des Briefes vorzulegen. Ohne die Bildung eines Teilbriefes ist eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Teileigentums an dem Stammbrief nicht möglich, da nur ein Vorlageanspruch nach § 402 BGB, aber, wie schon gesagt, kein Herausgabeanspruch des Eigentümers besteht[63]), die Übergabe des Briefes also nicht durch die einer Herausgabe gleichstehende Vindikationszession ersetzt werden kann (§ 931 BGB).

Zusammenfassend ist demnach zu sagen, daß der Inhalt und die Wirkung des Eigentümergrundpfandrechts als eines selbständigen Vermögensrechtes positiv in der Rangbehauptung gegenüber nachdrängenden anderen Berechtigten und in der daraus entspringenden Befugnis gipfeln, die verfügbare Rangstelle durch das Einrücken eines Fremdpfandrechtes im Falle eines wirtschaftlichen Bedürfnisses, z. B. der Beschaffung und Sicherung eines Kredits, auszunutzen. Demgegenüber stehen auf der Passivseite die Einschränkungen der Befugnisse des Eigentümergrundpfandgläubigers. Dieser kann zum Zwecke seiner eigenen Befriedigung keine Zwangsmittel anwenden. Zinsen gebühren ihm nur, wenn auf das Betreiben eines Anderen das Grundstück in Zwangsverwaltung genommen wird (§ 1197 Abs. 2 BGB), nicht aber in der Zwangsversteigerung[64]). Auch Drittberechtigte, z. B. der Nießbraucher der Eigentümerpost oder ein Pfandgläubiger, haben keine weitergehenden Rechte.

---

[62]) s. RG 59, 318; 69, 40.
[63]) vergl. SOERGEL, 952 [2]c.
[64]) vergl. RG 60, 359; STAUDINGER, § 1197 [1]b.

In der Liegenschaftsvollstreckung zeigt sich die Inhaltswirkung des Eigentümergrundpfandrechts vornehmlich darin, daß dieses als wirkliches Befriedigungsrecht vor den nachstehenden Realberechtigten berücksichtigt wird.

Über die Unterschiede zwischen forderungslosen und forderungsbekleideten Eigentümerposten ist oben schon das Notwendige gesagt worden. Während der Dauer der Vereinigung von Recht und Pflicht ist wegen der Vorschrift des § 1177 Abs. 2 BGB der Unterschied praktisch darauf beschränkt, daß der Eigentümerhypothekar das dingliche Recht zusammen mit der Forderung einem Anderen unmittelbar übertragen kann, was dem Eigentümer-Grundschuldgläubiger in Ermangelung einer Forderung versagt ist. Die Grundschuld bleibt auch im Falle der Abtretung eine Grundschuld. Die einmal erloschene Forderung lebt nicht wieder auf. Es bleibt nur der Weg, die Eigentümergrundschuld durch Rechtsgeschäft in eine Hypothek zurückzuverwandeln, wenn das Grundpfandrecht die Sicherung für eine dem Erwerber zustehende Forderung übernehmen soll, obschon damit doppelte Beurkundungs- und Buchungskosten verbunden sind. Ist eine Post, die Eigentümergrundschuld ist, noch als Hypothek eingetragen, und soll diese materiell wieder eine solche werden, so müssen stufenweise ihre materiell bereits vollzogene, buchmäßig noch nicht erkennbare Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld und sodann die Rückverwandlung in eine Hypothek in das Grundbuch eingetragen werden. Zur Herbeiführung des materiellen Rechtserfolges sind die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger und die Abtretung des dinglichen Rechtes an diesen notwendig, was wirtschaftlich mit einer Neubestellung einer Hypothek im Range des bisherigen Eigentümergrundpfandrechtes gleichbedeutend ist[65]).

Ob die erste Eintragung, die des Eigentümers als des zunächst berechtigten Pfandgläubigers, sich dann erübrigt, wenn sogleich ein späterer Erwerber als Gläubiger eingetragen wird, ist streitig[66]), läßt sich jedenfalls allein aus Gründen der Zweckmäßigkeit noch nicht rechtfertigen. Für das verbriefte Recht kann nach formalem Liegenschaftsrecht, um eine Vereinfachung zu ermöglichen, § 39 Abs. 2 GO herangezogen werden, der bestimmt, daß bei einer verbrieften Post der Briefbesitz der Grundbucheintragung dann gleichsteht, wenn der Gläubiger die in § 1155 BGB vorgesehene Legitimation besitzt (zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, die auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführen). Der Eigentümer, der den Brief in der Hand hat, steht einem nicht eingetragenen Grundpfandgläubiger, der durch den Besitz des Briefes und die Urkundenkette legitimiert ist, gleich.

Bei brieflosen Rechten bleibt es bei § 39 Abs. 1 GO, wonach eine Eintragung nur kraft der Bewilligung des von ihr betroffenen eingetrage-

---

[65]) KGJ 39 A 240; 42 A 285.
[66]) s. STAUDINGER, § 1163[36]

nen Berechtigten erfolgen soll. Man hat versucht[67]), diese Schwierigkeit durch eine Ausdehnung der Eigentümerbuchung auf andere Eintragungen im Grundbuch zu beseitigen, und zwar eine Ausdehnung in dem Sinne, daß der Eigentümer durch die Eintragung seines Grundeigentums zugleich als der *zukünftige* Gläubiger aller auf demselben Blatt gebuchten Grundpfandrechte eingeschrieben sei. Man darf jedoch in der Deutung und Auslegung der Einschreibungen im Grundbuch soweit nicht gehen. Der Auslegung und Analogie sind im formalen Grundbuchrecht aus guten Gründen enge Grenzen gezogen. Aber nicht allein das; auch materiell würden sich aus einer extensiven Auslegung des formellen Rechts Folgerungen ergeben, die (z. B. die Annahme eines bedingten Eigentums des Grundeigentümers an allen Hypothekenbriefen) rechtlich nicht haltbar und praktisch nicht brauchbar sind[68]).

Schon eher läßt sich die Auffassung GÜTHE's[69]) halten, daß der Eigentümer, weil er als solcher im Grundbuch eingetragen sei, auch hinsichtlich der ihm materiell zugefallenen Grundpfandrechte, die nur einen Ausfluß seines Eigentumsrechts darstellten, als der eingetragene Berechtigte im Sinne des § 39 Abs. 1 GO zu *gelten* habe. Die Voraussetzung für die Billigung dieser Rechtsauffassung ist aber, daß man von der oben anerkannten Wesensbestimmung des Eigentümergrundpfandrechtes als eines wirklichen Pfandrechtes abgeht und darin nicht mehr als eine aus dem Eigentumsrecht selbst hervorgehende Befugnis rein defensiver Natur erblickt.

Das *zukünftige* Eigentümergrundpfandrecht ist noch kein dingliches Recht des Eigentümers sondern nur eine Anwartschaft, die als solche allerdings schon einen gewissen, wenn auch beschränkten Vermögenswert besitzt. Dem Bestreben des bürgerlichen Rechtsverkehrs, eine Verfügung des Eigentümers auch schon über eine künftig ihm zufallende Eigentümerpost zuzulassen, kommt die Lehrmeinung[70]) entgegen, daß künftige Eigentümergrundpfandrecht bestehe bereits neben dem Gläubigerrecht als ein aufschiebend bedingtes Recht. Diese Konstruktion findet jedoch im Gesetz keine Stütze. Die Anwartschaft ist eine Erwerbsmöglichkeit aber noch kein Recht, keinesfalls ein dingliches Recht. Davon wird unten noch ausführlicher die Rede sein.

5. Die Besonderheiten des Eigentümer g e s a m t grundpfandrechts:

Diese Besonderheiten sind durch die Eigenarten der Gesamthypothek bedingt. Sie treten dann am stärksten in die Erscheinung, wenn die der Gesamtpfandbelastung unterworfenen Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, von denen einzelne oder auch alle nicht persönliche Schuldner sind, sondern nur dinglich haften.

---

[67]) GÜTHE-TRIEBEL, § 40^{14}; OBERNECK, § 115^{1}.

[68]) s. STAUDINGER, a.a.O.

[69]) s. Note 67.

[70]) vergl. STAUDINGER, § 1163^{6}; RG 61, 374; 72, 276; 84, 78; 120, 110; HECK, § 84 III.

Wenn die Forderung nicht entsteht oder erlischt, wenn ein Verzicht des Gläubigers alle Grundstücke von der Haftung befreit, oder wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren seines Rechts verlustig erklärt wird, dann fällt die Hypothek als Gesamteigentümerpost den Eigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1172 BGB). Die Aufteilung in Einzeleigentümergrundschulden erfolgt im Verhältnis der Grundstückswerte zueinander. Die Werte werden wie in der Liegenschaftsvollstreckung (§ 64 ZVG) unter Abzug der bei jedem mitbelasteten Grundstücke der Gesamtpost im Range vorgehenden Rechte für den Zeitpunkt ermittelt, in dem die Eigentümergesamtpost entstanden ist[71]).

Befriedigt von mehreren Eigentümern ein entweder nur dinglich oder auch ein dinglich und persönlich haftender Grundstückseigentümer den Gläubiger, so bleibt nur für diesen Eigentümer eine Einzeleigentümergrundpfandpost bestehen. Die Gesamtpost auf den anderen Grundstücken erlischt und macht ihren Platz den Nachberechtigten frei (§ 1173 BGB). Die gleiche Wirkung haben die im Wege einer rechtsgeschäftlichen Übertragung herbeigeführte Konsolidation von dinglichem Recht mit dem Eigentum sowie die Konfusion der Forderung mit der Schuld in der Person eines der dinglich haftenden Grundstückseigentümer. Diese Fälle bezeichnet man üblicher Weise als Gesamthypotheken ohne Rückgriff.

Der Gesamthypothek ohne Rückgriff steht die Gesamthypothek mit Rückgriffsrecht gegenüber. Diese läßt zu Gunsten des mithaftenden Eigentümers, zu dessen Lasten die Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist, neben seiner Eigentümerpost als einer abgetrennten Einzelpost eine Gesamthypothek für die im Innenverhältnis begründete Ersatzforderung auf den Grundstücken der ersatzverpflichteten anderen mitverhaftet gewesenen Eigentümer zur Entstehung gelangen[72]).

Die Rechtsprechung[73]) wendet in zutreffender Weise diese Grundsätze auch auf die Hypotheken an, die mehrere Eigentumsbruchteile erfassen. Befriedigt ein Miteigentümer für alle Schuldner den Gläubiger, so fällt jedem Miteigentümer ein entsprechender Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld zu. Leistet jener aber nur für sich, so erwirbt er nach dem Umfange seines Rückgriffsrechts die Hypothek. An seinem Grundstücksteil bleibt diese in voller Höhe als Eigentümerhypothek im engeren Sinne (forderungsbekleidet) weiterbestehen.

Der Übergang der Gesamthypothek auf den persönlichen Schuldner im Falle der Konfusion von Forderung und Schuld oder im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner vollzieht sich in ähnlicher Weise. Besteht kein Ersatzanspruch oder nur ein solcher wegen eines Forderungsteils, so entsteht hinsichtlich des freien Teils eine Gesamteigentümergrundschuld, deren Auflösung in Einzelposten den oben dargelegten Grundsätzen unterliegt (§ 1174 BGB)[74]).

[71]) Herrschende Ansicht, vergl. STAUDINGER, § 1172[3] d; BRUCK, S. 201 ff.
[72]) vergl. RG 81, 71.
[73]) KGJ 41 A 245; STAUDINGER, § 1173 V, § 1174[7].
[74]) KGJ 41 A 245; STAUDINGER, § 1173 V, § 1174[7].

II. Teil:

Das Eigentümergrundpfandrecht in der Zwangsvollstreckung.

A. Einleitung:

Die Rechtsfigur des Eigentümergrundpfandrechts, die weitreichende Ausgestaltung dieses Rechts im geltenden deutschen Recht und die daran anknüpfende umfangreiche und eingehende Behandlung in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung zeigen ihre stärkste praktische Auswirkung und damit ihre Wichtigkeit für die Rechtsübung in der Zwangsvollstreckung, wenn es gilt, entweder das von einem Eigentümergrundpfandrecht belastete Grundeigentum zu liquidieren oder den in einem solchen Recht steckenden Vermögenswert zu Gunsten der Gläubiger des Berechtigten zu erfassen und zu realisieren.

Die rechtsgeschäftliche Verwertung des Eigentümergrundpfandrechtes bildet keine Schwierigkeiten. Der Eigentümer kann das Recht, wie schon ausgeführt, einem Anderen (etwa als Entgelt für eine entsprechende Gegenleistung) rechtsgeschäftlich übertragen. Er kann das Recht auch zur Sicherung eines Anderen rechtsgeschäftlich verpfänden. Der Andere erwirbt dadurch ein Pfandrecht, das nach § 1291 BGB wie ein Forderungspfandrecht behandelt wird und den dafür geltenden Bestimmungen unterworfen ist. Die Bestellung des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts erfolgt in den für die Übertragung der Forderung vorgesehenen Formen (§ 1274 BGB). Bei der Briefeigentümerpost sind erforderlich: die Erteilung der Verpfändungserklärung in schriftlicher Form (die *Schriftform* kann durch die Eintragung der Verpfändung ins Grundbuch ersetzt werden) und die Briefübergabe, bei der Bucheigentümerpost die Einigung und die Eintragung der Verpfändung (§ 1154 BGB). Nach dem Eintritt der Pfandreife kann der Pfandgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung die dem Eigentümer aus dem Eigentümergrundpfandrecht zustehenden Rechte wie ein Fremdgläubiger geltend machen.

B. Das Eigentümergrundpfandrecht im Verfahren der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück:

In der Liegenschaftsvollstreckung zeigt das Eigentümergrundpfandrecht die Eigenschaft eines neben dem Eigentum bestehenden selbständigen Vermögensrechts besonders deutlich. Es wird wie jedes andere materiell bestehende Grundpfandrecht behandelt. Geht es dem betreibenden Gläu-

biger im Range vor, dann erscheint es im geringsten Gebot als Recht, das bestehen bleibt (§ 44 ZVG). Andernfalls ist der darauf entfallende Erlös entsprechend der Rangordnung des § 10 ZVG dem Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger zuzuteilen[75]). Im Konkursverfahren über das Vermögen des Eigentümers fällt der Erlös in die Masse. In keinem Falle kommt also der Erlös den nachstehenden Realberechtigten zugute, es sei denn, daß einer von ihnen, wenn er auch persönlicher Gläubiger des Eigentümers ist, die Eigentümerpost rechtzeitig gepfändet hat und anderen Gläubigern mit seiner Pfändung zuvorgekommen ist. Auf diese Weise kann der Fall eintreten, daß ein Gläubiger, der nur persönlicher, aber nicht dinglicher Gläubiger ist, durch den rechtzeitigen Zugriff auf die Eigentümerpost sich eine bevorzugte Befriedigung aus dem Grundstück sichert und aus dem Wettlauf aller Gläubiger nach dem Ziel, die Eigentümerpost als das vielleicht einzig brauchbare und verwertbare Vermögenstück des Subhastaten in die Hand zu bekommen, vor den *dinglichen* Gläubigern als Sieger hervorgeht.

Eine Vereinbarung mit *dinglicher* Wirkung, die das Entstehen des Eigentümergrundpfandrechtes und damit den Zugriff eines im Verfahren der Liegenschaftsvollstreckung Nichtbeteiligten (§ 9 ZVG) auf den Erlös ausschließt, läßt das Gesetz, wie schon gesagt, nicht zu. Es kennt nur eine rechtlich und praktisch gleich problematische und unbefriedigende *schuld*rechtliche Löschungspflicht. Nach § 1179 BGB kann, wenn sich der Eigentümer einem Anderen gegenüber verpflichtet hat, die Hypothek im Falle der Vereinigung des dinglichen Rechts mit dem Eigentum löschen zu lassen, der Löschungsanspruch durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert werden (die sogenannte Löschungsvormerkung)[76]).

Die rechtliche Natur des das dingliche Recht ablösenden Zahlungsanspruches nach § 92 ZVG ist der Gegenstand eines lebhaften Meinungsstreits[77]). Der Auffassung, daß dieser Anspruch nur noch ein Forderungsrecht sei[78]), steht die Ansicht gegenüber, daß das Grundstücksrecht kraft der Surrogation als dingliches Recht in dem Zahlungsanspruch, wenn auch in veränderter Gestalt, weiterbestehe[79]). Die Frage, wer der Schuldner des Zahlungsanspruches ist, der Eigentümer (Vollstreckungsschuldner)

---

[75]) vergl. RG 62, 168; REINNHARD-MÜLLER, § 114 V 3.

[76]) vergl. STAUDINGER, § 1163[5]; OBERNECK in Gr. Beitr. 47, 336; RG 47, 336 — 52, 5. „Die Eigentümerhypothek bildet kein unabänderliches Dogma. Es kann vielmehr ihr Eintritt durch Einigung der Beteiligten (vom Anfang an oder später) ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Eine *dingliche* Wirkung kann derartigen Vereinbarungen über den Ausschluß der Entstehung einer Eigentümergrundschuld freilich nicht zukommen." (STAUDINGER.)

[77]) s. WECKER (dort ausführlich behandelt, eingehender Literaturnachweis daselbst); ferner JAECKEL-GÜTHE (7. Aufl.), § 92, S. 454, 455.

[78]) s. RG 55, 264; 63, 216; 64, 311; 71, 180; 72, 345.

[79]) s. WECKER, S. 35, 36; RG 88, 300 und in JW 1933, 2764, Nr. 6 (neuere Entscheidungen).

oder der betreibende Gläubiger oder der Staat, wird unterschiedlich beantwortet (siehe WECKER).

Gegen die Verdinglichung des Anspruchs auf den Erlös spricht die Erwägung, daß nach § 91 ZVG die nicht bestehenbleibenden Grundstücksrechte durch den Zuschlag erlöschen, daß also das Grundstück mit dem Eigentümerwechsel, dem Übergang des Eigentums vom Subhastaten auf den Ersteher, von jeder dinglichen Belastung frei wird. Der Versteigerungs*erlös* ist kein dingliches Haftungsobjekt mehr. Der Erlös kann daher auch nicht, so wie das freigewordene Grundstück es war, einem dinglichen Haftungsgefüge eingeordnet werden. Der Schuldner des Erlösanspruches aus § 92 ZVG ist der Grundstückseigentümer, zwar nicht aus einer obligatorischen Verpflichtung heraus, sondern wegen seiner früheren dinglichen Beziehung zu den Realgläubigern. Er ist auch deswegen der Schuldner, weil er infolge der Surrogation als letzter Grundstückseigentümer jetzt der Eigentümer des Versteigerungserlöses ist.

Bei dem Eigentümergrundpfandrecht führt diese Auffassung zu dem eigenartigen theoretischen Ergebnis, daß der Eigentümer, obschon ihm nunmehr der Versteigerungserlös in voller Höhe gehört, den Anspruch gegen sich selbst auf Befriedigung aus diesem zweckgebundenen Erlös hinsichtlich des auf seine Eigentümerpost entfallenden Teiles erheben kann. Die folgerichtige Durchführung der gewonnenen Erkenntnis, daß das Eigentümergrundpfandrecht ein echtes Pfandrecht ist, zwingt zu dieser Schlußfolgerung.

Eine tiefgehende praktische Bedeutung gewinnt der ganze hier zur Erörterung stehende Problemkreis erst dann, wenn das Eigentümergrundpfandrecht selbst das Objekt einer durch einen Gläubiger des Eigentümerhypothekars betriebenen Zwangsvollstreckung ist.

C. Das Eigentümergrundpfandrecht als Objekt der Zwangsvollstreckung.

1. Im Regelfalle:

Die bei der Erörterung dieses Problems zu behandelnden Fragen gruppieren sich um die Kernfrage, welche Vorschriften des Vollstreckungsrechts bei der Zwangsvollstreckung in ein Eigentümergrundpfandrecht zu beachten sind, und welche von ihnen Anwendung finden *müssen*. Zunächst soll diese Frage für das forderungs*lose* Eigentümergrundpfandrecht beantwortet werden.

In der Rechtslehre und in der Rechtsprechung[80]) stehen sich hier zwei Auffassungen gegenüber. Ihr Ursprung und ihre Ausbildung sind durch die verschiedenen, oben betrachteten Anschauungen über das Wesen und den Inhalt des Eigentümergrundpfandrechtes selbst bedingt. Die Lösung ist also wiederum davon abhängig, ob man das Eigentümergrundpfandrecht als ein echtes, den Fremdpfandrechten gleichstehendes Grund-

[80]) s. STAUDINGER, § 1163[49]; SOERGEL, § 1163[1]c; GÜTHE-TRIEBEL, § 19[1,31].

pfandrecht ansieht, oder ob man es nur als eine aus dem Eigentumsrecht selbst resultierende Sonderbefugnis, als einen „Eigentumssplitter" betrachtet. Hier tritt mithin die große *praktische* Auswirkung der verschiedenen Lehren und Theorien über das Eigentümergrundpfandrecht am stärksten in die Erscheinung.

Die Ansicht vom Wesen des Eigentümergrundpfandrechtes als eines bloßen Eigentumssplitters hält § 830 in Verbindung mit § 857 ZPO logischerweise nicht für anwendbar[81]). Sie läßt die Zwangsvollstreckung in ein Eigentümergrundpfandrecht lediglich von § 857 Abs. 2 ZPO geregelt sein. Der andere, überwiegend eingenommene Rechtsstandpunkt will das Eigentümergrundpfandrecht vollstreckungsrechtlich ebenso behandelt wissen wie jedes andere Grundpfandrecht[82]).

Wenn die Eigentümergrundschuld nach materiellem Recht eine echte Grundschuld ist, dann muß sie auch allgemein sämtlichen Rechtsnormen materieller und formeller Natur, die für eine solche gelten, unterworfen werden. Insbesondere trifft dies für das Publizitätsprinzip des Liegenschaftsrechtes zu, das auch im Vollstreckungsrecht, wie gerade die Vorschriften der §§ 830 und 857 Abs. 6 ZPO unmittelbar erkennen lassen, eine grundlegende Bedeutung hat.

Eine Ausnahme von dem Erfordernis der Publizität kann für das Eigentümergrundpfandrecht, das wie alle anderen dinglichen Rechte auf der Grundlage der Publizität aufgebaut ist, nicht zugelassen werden. Die Anwendung von § 830 ZPO ist daher auch für dieses Recht geboten. Die Bestimmungen des § 857 Abs. 1 und 2 ZPO sind auf das Eigentümergrundpfandrecht nicht anwendbar. § 857 Abs. 1 und 2 behandeln die Zwangsvollstreckung in „andere Vermögensrechte" und solche Forderungsrechte, bei denen ein Drittschuldner nicht vorhanden ist. Die Eigentümergrundschuld ist aber kein „anderes Recht" und kein Recht ohne Drittschuldner im Sinne dieser Vorschrift. Die Versuche[82]), trotzdem mit der Anwendung des § 857 Abs. 2 ZPO die Pfändung eine Eigentümerpost schon in dem Zeitpunkt, in dem das Verfügungsverbot dem Eigentümer zugestellt wird, unter Außerachtlassung des in § 830 ZPO für das Verfahrensrecht anerkannten Öffentlichkeitsprinzips wirksam werden zu lassen, beruhen auf rein praktischen Erwägungen. In der Tat begegnet die Zwangsvollstreckung in Eigentümergrundpfandrechte unter Beobachtung von § 830 ZPO großen Schwierigkeiten. Diese sind vom Standpunkt des Gläubigers aus gesehen unbequem, erscheinen vielleicht auch im Hinblick auf die Interessenlage zwischen Gläubiger und Schuldner als unbillig, müssen aber zur Erhaltung und einheitlichen Durchsetzung eines das gesamte Liegenschaftsrecht beherrschenden, wohlerwogenen Gründen entsprungenen Prinzips hingenommen werden.

a) Die Beschlagnahme einer *verbrieften* Eigentümerpost vollzieht sich

---

[81]) vergl. Stein-Jonas, § 857 II[6]; Rechtspr. 4, 74.

[82]) s. RG 56, 184; 59, 314; 70, 279; Oberneck II, S. 142; Turnau-Förster, S. 12; Planck, § 1177[5]; Fuchs, § 1154[17].

somit in folgender Form, die, wie zuzugeben ist, zum Teil umständlich und auch schwierig ist.

Die Hypotheken und Grundschulden werden in der Zwangsvollstreckung wie Forderungen behandelt. (§ 857 Abs. 6 ZPO.) Zunächst muß der Gläubiger bei dem Vollstreckungsgericht einen Pfändungsbeschluß erwirken. Im Regelfalle enthält der Pfändungsbeschluß zwei Verbote, ein Zahlungsverbot an den Drittschuldner und ein Verfügungsverbot an den Schuldner. Bei der Eigentümerpost wird demnach als Erstes dem Eigentümer-Schuldner und zugleich dinglichen Gläubiger jede Verfügung über die Post untersagt. Darin liegt noch keine Besonderkeit. Hat es aber einen Sinn, dem Eigentümer, obschon er Gläubiger und Schuldner in einer Person ist, auch noch als Zweites die Auszahlung der Schuldsumme zu verbieten? Diejenigen, die diese Frage verneinen[83]) übersehen, daß der Pfändungsbeschluß nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 829 ZPO ausnahmslos *beide* Verbote enthalten muß. Bezüglich dieser Verbote ruht zwar bei der Eigentümergrundschuld die Funktion des Zahlungsverbotes für die Dauer der Vereinigung des dinglichen Rechts mit dem Eigentum. Dessen Funktion setzt aber sofort dann ein, wenn das Grundstück nach der Pfändung veräußert, aus dem Eigentümergrundpfandrecht also ein Fremdgrundpfandrecht wird. Soll der Pfändungsbeschluß auch gegenüber dem *neuen* Eigentümer als dem nunmehr in die Erscheinung tretenden Drittschuldner Wirksamkeit gewinnen, dann muß er auch das Leistungsverbot enthalten[84]).

Die Beschlagnahmewirkung ist bei einer Eigentümerpost von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer-Schuldner ebensowenig abhängig wie bei der Hypothek von der Zustellung an den Drittschuldner (§ 830 Abs. 2 ZPO). In § 830 ZPO ist bestimmt, daß außer dem Pfändungsbeschluß die Übergabe des Briefes an den Gläubiger erforderlich ist. Den ursprünglich vorgesehenen Zusatz[85]): „und die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner" hat der Gesetzgeber gestrichen und damit erkennbar gemacht, daß der § 830 ZPO nur durch den Abs. 2 des § 829 ZPO zu ergänzen sei[86]). Trotzdem wird die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer-Schuldner immer dann erfolgen müssen, wenn dieser Beschluß zur weiteren Durchführung der Zwangsvollstreckung und für die zu ergreifenden Hilfsmaßnahmen als Titel dienen muß. Denn mit den weiteren Vollstreckungsmaßnahmen kann erst begonnen werden, wenn der Vollstreckungstitel spätestens beim Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt wird oder schon vorher zugestellt ist.

---

[83]) s. Stein-Jonas, § 857 I 6a; Rechtspr. 7, 316 (Oberlg. Colmar).

[84]) a. M. Güthe in Seuff. 76, 612, 613.

[85]) s. Protokolle III, S. 587.

[86]) Herrschende Meinung, vergl. Mayer in Gruchot 56, 286, und die dort angebene Literatur.

Der auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtete *Haupt*vollstreckungstitel ist als *Wegnahme*titel unbrauchbar. Eine Pfändung des Briefes, d. h. seine Beschlagnahme als Befriedigungsobjekt, würde der Vorschrift des § 952 BGB widersprechen und ist daher unzulässig. Der Brief als solcher ist kein Gegenstand der Vollstreckung sondern nur die durch ihn verbriefte Grundschuld[87]). Der Schuldner ist nicht zur Herausgabe einer Sache verpflichtet sondern zu einer Geldleistung. Die Regeln über die Vollstreckung von Sachleistungsansprüchen sind somit unmittelbar nicht anwendbar. Das namentlich von MAYER[88]), der die unmittelbare Wegnahme des Briefes ohne die Zustellung des Pfändungsbeschlusses als Hauptzwangsmaßnahme aus dem Zahlungsschuldtitel selbst zulassen will, angeführte Gegenargument, die *Buchung* der Pfändung könne auch ohne die Zustellung des Pfändungsbeschlusses erfolgen, ist nicht überzeugend. Denn MAYER läßt außer Acht, daß nur die *freiwillige* Briefherausgabe und die Buchung der Pfändung in ihrer Wirkung gleichstehen, daß beide sich aber ohne die Anwendung eines Vollstreckungszwangs vollziehen.

Zur wirksamen Pfändung eines verbrieften Eigentümergrundpfandrechtes ist neben dem Pfändungsbeschluß stets die Sichtbarmachung der Pfändung durch den Wechsel des Briefbesitzes erforderlich. Dieser Wechsel kann sich in einer beliebigen Form vollziehen. Es genügt, daß der Eigentümer dem Pfandgläubiger den Brief (freiwillig oder unfreiwillig) überläßt. Die Mitwirkung dritter Personen, insbesondere eines Vollstreckungsorgans, ist nicht notwendig. Einer dinglichen Einigung über den Besitzübergang bedarf es nicht, da der Pfändungsbeschluß die Stelle der Einigung einnimmt[89]). Die Briefübergabe kann auch an einen Vertreter erfolgen, aber nur so, daß der Gläubiger den *un*mittelbaren Besitz erlangt. Ein nur mittelbarer, also nicht evidenter Besitz des Gläubigers würde den Erfordernissen der Publizität nicht genügen. Die freiwillige Übergabe des Briefes an den *Gerichtsvollzieher* ist die Übergabe an den Gläubiger zu Händen eines Vertreters mit der Wirkung einer Übertragung des *un*mittelbaren Briefbesitzes an den Gläubiger. Dies selbst dann, wenn die Übergabe in Unkenntnis der Pfändung geschieht. Der Gerichtsvollzieher gilt nach § 754 ZPO im Rahmen seines Auftrags als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Gläubigers. Ist ein anderer im Besitz des Briefes, und überläßt dieser ohne Zwang den Briefbesitz dem Gläubiger oder dem von diesem beauftragten Gerichtsvollzieher, so liegt darin ebenfalls eine Übergabe im Sinne von § 830 ZPO[90]).

Die Briefübergabe an den Gläubiger muß eine sichtbare und daher eine körperliche Überlassung der Urkunde sein. Die Übergabe kann also weder durch ein constitutum possessorium noch durch eine Vindikationszession ersetzt werden. § 830 ZPO spricht von der Übergabe schlecht-

[87]) s. STEIN-JONAS, § 830 IV[2].
[88]) s. MAYER, a.a.O.
[89]) s. STEIN-JONAS, § 830 IV[1].
[90]) s. STEIN-JONAS, § 830 IV[1].

hin, ohne neben der Übergabe, wie die §§ 930, 931 BGB es tun, ein Surrogat der Übergabe zuzulassen. Darin liegt eine gewollte Abweichung von der rechtsgeschäftlichen Verpfändung einer Briefpost. Diese läßt die Surrogate der Übergabe dann genügen, wenn damit die Einräumung des *mittel*baren Briefbesitzes oder des Mitbesitzes an den Pfandgläubiger verbunden ist.

Das Zwangsvollstreckungsrecht kennt keine Übergabesurrogate. Wenn es in § 830 ZPO dem *freiwillig* vollzogenen Besitzwechsel eine Vollstreckungswirkung beilegt, so tut es dies aus Gründen der Kostenersparnis. Dies bedeutet aber keineswegs ein Abgehen von den Grundsätzen des Vollstreckungsrechtes. Der von einzelnen Schriftstellern[91]) gezogene Schluß, die Einführung der Übergabe als einer privatrechtlichen Rechtsfigur in die öffentlich-rechtliche Zwangsvollstreckung durch § 830 ZPO zwinge im Anwendungsgebiet dieser Vorschrift zur weiteren Anwendung aller auf die Übergabe sich erstreckenden bürgerlichrechtlichen Vorschriften, ist daher unrichtig.

Die Vindikationszession ist außerdem als Surrogat der Briefherausgabe für das Vollstreckungsverfahren in eine verbriefte Post schon deswegen unbrauchbar, weil hier die Überweisung des Herausgabeanspruchs an Erfüllungsstatt erfolgen müßte. Nur dann könnte die Vindikationszession mit der Briefherausgabe selbst gleichgestellt werden. § 849 ZPO verbietet jedoch die Überweisung von Sachherausgabeansprüchen an Erfüllungsstatt.

Die Rechtsprechung, insbesondere das Reichsgericht[92]), billigt diesen Standpunkt. Das Reichsgericht findet aber eine Erleichterung für den Gläubiger darin, daß es hier den Begriff der Besitzdienerschaft auf eigentliche Besitzmittlerverhältnisse ausdehnt. Es betrachtet demnach beispielsweise die von dem Schuldner vorgenommene amtliche Hinterlegung des Briefes mit Rücknahmeverzicht und die Annahme der Hinterlegung durch den Gläubiger als eine wirksame Übergabe im Sinne von § 830 ZPO. Dem kann unbedenklich beigepflichtet werden.

Für die Dauer der Pfändung muß der Brief im Besitz des Gläubigers verbleiben (§§ 1278, 1253 BGB). Die Pfändung der Post erlischt demgemäß (wie die Pfändung von beweglichen Sachen) mit der Rückgabe des Briefes an den Schuldner oder einen Dritten, wenn der Schuldner dadurch diesem gegenüber mittelbarer Besitzer wird. Ohne Einfluß ist, ob mit der Rückgabe die Beseitigung der Pfändung beabsichtigt war oder nicht[93]).

Gibt der Eigentümer den Brief nicht freiwillig heraus, so muß die Herausgabe erzwungen werden. Das Gesetz spricht von der „*Wegnahme*" des Briefes durch den Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger. Die Beschlagnahmewirkung auf die Hypothek tritt also

---

[91]) vergl. Stein-Jonas, § 830 IV; Oberneck bei Gruch. 50, 571; Mayer, S. 292; Rechtspr. 15, 12; RG 135, 272.

[92]) vergl. RG 135, 272; Stein-Jonas, § 830 IV b.

[93]) vergl. RG 135, 272; Stein-Jonas, § 830 IV b.

schon mit der Briefwegnahme und vor dessen Ablieferung an den Gläubiger ein. Diese Zwangsmaßnahme gegen den Schuldner ist eine Hilfsmaßnahme der eigentlichen Vollstreckung. Sie erfolgt auf der Grundlage des Pfändungsbeschlusses als eines Hilfstitels, der deswegen, wie schon gesagt, dem Schuldner zugestellt werden muß.

Die Wegnahme der sonstigen für das Entstehen des Eigentümergrundpfandrechtes wichtigen Urkunden (Quittungen usw.) beim Schuldner durch den Gerichtsvollzieher wird durch die Vorschrift des § 836 Abs. 3 ZPO ermöglicht. Die Beschlagnahme des Grundpfandrechts ist, wie gesagt, mit der Briefwegnahme bereits vollzogen. Den Titel für die Wegnahme der Urkunden bildet der zumeist mit dem Pfändungsbeschluß verbundene und gleichzeitig zugestellte *Überweisungs*beschluß. Dieser begründet die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe der Urkunden in dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner den Briefbesitz verliert. Da die Wegnahme des Briefes sich nach § 883 ZPO vollzieht, kann, falls der Brief beim Schuldner nicht vorzufinden ist, als weitere Hilfsmaßnahme ein Offenbarungszwang gegen diesen ausgeübt und durchgeführt werden (§ 883 Abs. 2 und 3 ZPO). Die Frage, wie der Gläubiger vorgehen muß, um den im Besitz eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten, z. B. des früheren Fremdgläubigers, befindlichen Brief in die Hand zu bekommen und damit die Pfändung wirksam zu machen, beantwortet das Gesetz nicht unmittelbar. Die Meinungen gehen auch hier auseinander[94]). Der herrschenden Meinung, daß der Gläubiger zunächst den Schuldneranspruch auf die Briefherausgabe pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen müsse, ist beizupflichten, da der Hauptvollstreckungstitel und der gegen den Schuldner gerichtete Pfändungstitel nebst Überweisungsbeschluß noch keine Grundlage zu einem zwangsweisen Vorgehen gegen den *Dritt*besitzer des Briefes bilden. Die Überweisung des Herausgabeanspruches geschieht durch die Anordnung, daß der Dritte den Brief dem Vollstreckungsgläubiger herauszugeben habe. Die Überweisung erfolgt zur *Einziehung*, nicht an Erfüllungsstatt. Denn der Herausgabeanspruch als solcher hat keinen Wert und ist daher als Objekt der Befriedigung unbrauchbar.

Der Briefherausgabeanspruch des Eigentümer-Schuldners muß, sollen nicht die Pfändung und die Überweisung in's Leere greifen, eine materiellrechtliche Stütze haben, die in der Regel in dessen Eigentumsrecht an den Brief bestehen wird. Dem Recht des Eigentümers dürfen keine Besitzrechte oder Leistungsverweigerungsrechte des Briefinhabers, welche die Herausgabepflicht auf Zeit oder für immer ausschließen (§ 986 BGB), entgegenstehen. Ist dies der Fall, dann steht dem Besitzerwerb des Pfandgläubigers an dem Brief und damit der Pfändung der Eigentümerpost ein unüberwindliches Hindernis entgegen.

Der Pfändungs- und Überweisungsgläubiger des materiell gerecht-

---

[94]) s. Stein-Jonas, § 830 IV 2 b und die dort bezeichneten Stellen; Staudinger, § 1163[49] a; RG 63, 214; Oberneck, S. 142[7].

fertigten Herausgabeanspruches muß als Rechtsnachfolger des Eigentümers gegen den die Herausgabe des Briefes immer noch verweigernden Drittbesitzer des Briefes ferner einen Vollstreckungstitel erwirken. Erst damit kann er die Briefherausgabe, die ihm das Pfandrecht an der Eigentümerpost, also an dem Vollstreckungsobjekt selbst, verschafft, erzwingen. Die Überweisung zur Einziehung bringt den Gläubiger gegenüber dem Briefbesitzer in die Machtstellung des Schuldners, erzeugt darüber hinaus also kein Besitzmittlerverhältnis des Briefbesitzers gegenüber dem Gläubiger. Ohne die Briefherausgabe kann daher ein Pfändungspfandrecht des Gläubigers auch dann nicht entstehen, wenn man abweichend von dem oben dargelegten Standpunkt den Übergabesurrogaten im Gebiet des § 830 ZPO das Geltungsrecht zubilligen will.

Die Bedenken[95]), die gegen das hier als richtig erkannte Vorgehen des Gläubigers auftreten, werden (an sich zutreffend) damit begründet, der Briefherausgabeanspruch des Eigentümers sei abgesondert und selbständig nicht übertragbar und daher auch nicht pfändbar. Sie verlieren jedoch ihr Gewicht durch die Erwägung, daß die Pfändung des Briefherausgabeanspruches lediglich eine *Hilfs*maßnahme ist, die notwendig ist, um das eigentliche Ziel der Vollstreckung, die Pfändung der Eigentümerpost selbst, zu erreichen. Der Vermögenswert der Post bildet allein das Objekt des vom Gläubiger eingeleiteten, auf seine Befriedigung gerichteten Zugriffs. Die Wegnahme des Briefes ist also hier kein auf die Verwertung des Briefes selbst abzielender Akt nach § 846 ZPO. Die Wegnahme ist ein Vollstreckungsakt, der nicht mehr als den Besitzwechsel in der Form, die die §§ 883, 886 ZPO zur Vollstreckung von Sachherausgabeansprüchen vorsehen, erzwingen will. Dieser Akt ist unentbehrlich, weil die Wegnahme des Briefes bei einem Dritten ohne einen gegen diesen lautenden Titel lediglich auf Grund des die Eigentümerpost pfändenden Beschlusses noch nicht möglich ist. Von der Zulässigkeit der Briefwegnahme auch bei einem Drittbesitzer geht das Gesetz in § 830 ZPO aus. Sonst wäre die Verwirklichung des Besitzstandes, der nach den Publizitätsgrundsätzen zum Erwerbe eines Pfändungspfandrechtes an jeder Briefpost unerläßlich ist, in den Fällen, in denen ein Dritter den Brief besitzt, nicht möglich. Damit ist aber ein Pfändungspfandrecht an der Brief*urkunde* selbst, das als Sachpfand, losgelöst von dem Forderungspfand, nicht bestehen kann (§ 952 BGB), nicht verbunden.

Ob die Pfändung und die Überweisung des Briefherausgabeanspruches an den Gläubiger ausdrücklich in einem von dem die Briefpost selbst pfändenden Beschluß auch äußerlich getrennten besonderen Beschluß erfolgen müssen, ist ebenfalls streitig[96]). Wenn man den Zahlungshaupttitel als eine ausreichende Grundlage für die zwangsweise Wegnahme des Briefes beim Schuldner ansieht und damit die Funktion des Pfändungs-

---

[95]) Mayer in Gr. S. 297 ff., der den § 836 Abs. 3 ZPO auf einen unbeteiligten Dritten analog anwenden will.

[96]) vergl. KG in Rechtspr. 13, 229.

beschlusses als eines diesem Zweck dienenden zustellungsbedrüftigen Hilfstitels verneint, muß man folgerichtig auch diese Frage verneinen. Dies geschieht auch mit dem Hinweis darauf[97]), die Pfändung der Eigentümerpost und deren Überweisung an den Vollstreckungsgläubiger ergriffen stets auch den Herausgabeanspruch gegen einen Dritten. Der Beschluß müsse also auf Wunsch des Gläubigers jederzeit ohne weitere Prüfung insoweit ergänzt werden. Ein zweiter Beschluß sei demnach eine wirkungslose und überflüssige Formalität. Inhaltlich sei dessen Anordnung, die Auslieferung des Briefes als eines Zubehörstücks der Eigentümerpost, durch die Überweisung der Post selbst bereits ausgesprochen.

Dem steht entgegen, daß der Gläubiger, wie schon dargetan, ohne den Briefbesitz noch kein materiell wirksames Pfandrecht an Recht und Brief erwerben kann. Ohne ein solches bleibt aber auch die Überweisung des Herausgabeanspruches wirkungslos. Denn jede Überweisung setzt eine wirksame Pfändung voraus. Die Überweisung allein erzeugt noch keine Legitimation zur Geltendmachung des Herausgabeanspruches. Der zweite Beschluß (die Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruches) hat also einen guten Sinn und Zweck. Dieser bildet eine Ergänzung zu dem das verbriefte Recht selbst beschlagnahmenden Pfändungsbeschluß, die notwendig ist, um durch die Beschlagnahme des Rechts selbst, verbunden mit dem Erwerb des Herausgabeanspruches, in den Briefbesitz zu kommen und damit die noch fehlende *zweite* Voraussetzung für die Begründung eines wirksamen Pfändungspfandrechtes an der Eigentümerpost zu schaffen. Unbedenklich ist, wenn der Erlaß beider Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse der Zeitersparnis wegen gleichzeitig beantragt und beschlossen wird.

Der Drittbesitzer des Briefes im Sinne von § 886 ZPO kann auch das Grundbuchamt sein, insbesondere im Falle einer Vereinbarung nach § 1177 Abs. 2 BGB. Der privatrechtliche Anspruch des Gläubigers auf die Aushändigung des Briefes ist anders als der öffentlich-rechtliche Anspruch auf die Briefbildung übertragbar und pfändbar. Wenn der Brief verlorengegangen ist, muß der Gläubiger die Ansprüche des Eigentümers im Aufgebotsverfahren (die Kraftloserklärung des alten Briefes und die Bildung eines Ersatzbriefes) pfänden und sich überweisen lassen. Dieser Anspruch steht dem Briefherausgabeanspruch gleich. Die Pfändung der Briefpost ist in diesem Falle vollzogen, wenn der Ersatzbrief dem Gläubiger vom Grundbuchamt ausgehändigt wird.

b) Bei *brieflosen* Eigentümergrundpfandrechten ist zum Erwerb des Pfandrechts die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich. Für die Form und den Inhalt des Pfändungsbeschlusses gilt das gleiche wie für das Briefpfandrecht.

Auch hier zeigt sich wiederum die strenge Durchführung des das ganze Pfandrecht beherrschenden Öffentlichkeitsprinzips auch für die Zwangsvollstreckung in Grundpfandrechte. Die betreffenden Vorschriften

[97]) MAYER (s. Note 95).

des Vollstreckungsrechts bilden die Parallele zu den Vorschriften des materiellen Rechts über die rechtsgeschäftliche Übertragung und Verpfändung von Grundpfandrechten (§§ 1154, 1274, 1280 BGB). Der evidente Besitzstand hinsichtlich des Briefes und die Buchung des Pfandrechts stehen in ihrer Wirkung gleich.

Die Eintragung des Pfändungsvermerks erfolgt auf Antrag des durch den Pfändungsbeschluß legitimierten Gläubigers. Die Vollstreckungsklausel und die Zustellung des Beschlusses sowie der Nachweis der Zustellung sind nicht notwendig. Denn der Pfändungsbeschluß ist zwar ein Hilfstitel, die Eintragung der Pfändung aber keine Vollstreckungshandlung[98]). Die Eintragung entspricht der Übergabe des Briefes, jedoch nicht dessen Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher. Das Grundbuchamt wird nicht Vollstreckungsgericht[99]).

Stimmt der Inhalt des Grundbuchs mit der materiellen Rechtslage überein, ist also der Eigentümer auch als der Gläubiger des Eigentümergrundpfandrechts gebucht, dann kann nach § 39 GO der Pfändungsvermerk ohne weiteres eingetragen werden. Dies gilt auch dann, wenn der als Gläubiger eingetragene Eigentümer materiell nicht der Gläubiger ist. Denn für die Buchung des Pfändungsvermerks wirkt nach dem *formalen* Grundbuchrecht der öffentliche Glaube des Buchinhalts in jedem Fall. Diese formale Wirkung tritt ein ohne Rücksicht darauf, daß nach materiellem Liegenschaftsrecht ein gutgläubiger Rechtserwerb vom Nichtberechtigten nur durch ein Rechtsgeschäft, aber nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen kann[100]).

Schwierigkeiten treten dann auf, wenn der Eigentümer und Gläubiger der kraft Gesetzes von ihm erworbenen Eigentümerpost als deren Gläubiger noch nicht eingetragen, das Grundbuch also insoweit noch unrichtig ist. § 39 GO verlangt in einer *Soll*vorschrift die Berichtigung des Grundbuches durch die Eintragung des Betroffenen, mithin des Eigentümers als des wahren Grundpfandgläubigers an der Stelle des nichtberechtigten, noch eingetragenen Buchgläubigers. Unbedenklich wird man die gleichzeitige Buchung der Berichtigung und des Pfändungsvermerks zulassen können[101]).

Bei dieser Frage zeigt sich erneut die bedeutsame *praktische* Auswirkung der oben erörterten Unterschiede in den Auffassungen vom Wesen des Eigentümergrundpfandrechts. Die hier vertretene Ansicht muß das *Sollen* der Grundbuchberichtigung durch die Eintragung des Eigentümers als des Gläubigers der Eigentümerpost ebenso bejahen wie bei der Umschreibung einer solchen Post auf einen Rechtsnachfolger des nichteingetragenen Eigentümer-Gläubigers. Abzulehnen ist auch aus den schon

---

[98]) vergl. Stein-Jonas, § 830 V; Güthe-Triebel I, S. 940.
[99]) vergl. RG 65, 379.
[100]) vergl. Staudinger, § 1163 IV 50 b.
[101]) Güthe-Triebel, § 40[18].

dargelegten Gründen die wiederholt versuchte Notlösung[102]), die eine Buchberichtigung vor der Eintragung oder gleichzeitig mit der Eintragung des Pfändungsvermerks nicht als erforderlich ansieht. Die Berichtigung sei deswegen nicht erforderlich, weil § 39 GO das *materielle* Recht des Gläubigers nicht einschränke, und weil der eingetragene Grundeigentümer auch als der eingetragene „eventuelle" Gläubiger aller ihm nach § 1163 BGB zufallenden Hypotheken zu betrachten sei. Diese Argumentation geht fehl. Denn das Eigentümergrundpfandrecht ist eben kein eventuelles oder bedingtes Grundstücksrecht. Zudem verkennt diese Auffassung den Zweck der Formalvorschrift des § 39 GO. Diese soll dem Grundbuchamt die Prüfung der Legitimation erleichtern und Unrichtigkeiten des Grundbuches verhindern.

Die einseitig von dem wahren Berechtigten oder dessen Gläubiger nach § 14 GO betriebene Berichtigung des Grundbuchs setzt den urkundlichen Nachweis der Unrichtigkeit voraus (§ 29 GO). Es wäre ein Widerspruch, wenn man nach § 39 GO in der Eigentümerbuchung ohne weiteres zugleich die Buchung des Eigentümers als des Gläubigers aller Eigentümergrundpfandrechte sehen, darüber hinaus aber von dem Gläubiger noch den Nachweis seiner *materiellen* Berechtigung fordern wollte. Das Bestreben, der Eigentümerbuchung in Abt. I eine derartige Ausweitung auf den Buchungsinhalt der Grundpfandrechte (Abt. III) zu geben, verbietet sich schon deshalb, weil damit der auch durch § 39 GO gesicherte Buchungszweck, über die materiellen Rechtsverhältnisse aller Grundstücke ein klares Bild zu geben und ein Auseinandergehen des Buchinhaltes und der Rechtslage nach Möglichkeit zu vermeiden, gefährdet würde. Bei einer weniger strengen Auffassung könnte jeder, der im Vertrauen auf die Eigentümerbuchung in Abt. I ein Grundpfandrecht als vermeintliches Eigentümergrundpfandrecht erwirbt, für sich den Schutz des guten Glaubens verlangen. Dies zum mindesten bei den Sicherungshypotheken, bei denen dem *eingetragenen* Hypothekengläubiger wegen der Abhängigkeit des dinglichen Rechts von der Forderung keine Rechtsvermutung zur Seite steht (§ 1184 Abs. 2 BGB, der die Anwendung von § 1138 BGB ausschließt). Auch kann die Rechtlage die sein, daß die noch als Fremdhypothek eingetragene Eigentümerpost entgegen dem Buchinhalt nicht mehr dem eingetragenen Eigentümer sondern einem früheren Eigentümer (jetzt als Fremdgrundschuld) zusteht, die Ausdehnung der Eigentümerbuchung auf alle Eigentümerpfandrechte also zu einem der materiellen Rechtslage völlig widersprechenden Ergebnis führen würde.

Mithin ist die Berichtigung des Grundbuches vor oder gleichzeitig mit der Eintragung des Pfändungsvermerks m. E. geboten. Erfolgt die Eintragung des Pfändungsvermerks ohne diese Berichtigung, so wird die Pfändung (die Beschlagnahme) trotzdem *formell* wirksam. Denn der § 39 GO enthält nur eine Ordnungsvorschrift. Die materielle Wirksamkeit

[102]) KGJ 33 A 274; 36 A 238; 41 A 248; Turnau-Förster II, S. 12; RG 61, 379 — 75, 250.

der Pfändung, die in dem Erwerb eines Pfändungspfandrechtes für den Gläubiger besteht, bleibt jedoch davon abhängig, daß der Eigentümer materiell auch der Gläubiger des beschlagnahmten Grundpfandrechtes ist.

Der Pfandgläubiger ist nach § 14 GO berechtigt, den Berichtigungsantrag zu stellen. Als vollstreckbarer Titel dient ihm dabei der Pfändungsbeschluß.

Bewilligt der noch als Gläubiger eingetragene, materiell Nichtberechtigte die Berichtigung, dann kann der Pfändungsvermerk ohne Weiteres gebucht werden. Das gleiche gilt, wenn der Pfändungsgläubiger die Unrichtigkeit der Gläubigerbuchung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen vermag. Andernfalls muß der Pfändungsgläubiger sich einen Berichtigungstitel verschaffen, der die Bewilligung ersetzt. Die Legitimation dazu kann der Gläubiger nur dadurch erwerben, daß er den nicht ihm sondern nur seinem Schuldner als dem Eigentümer zustehenden Berichtigungsanspruch (§ 894 BGB) pfändet und sich überweisen, oder daß der Gläubiger von dem Schuldner sich ermächtigen läßt, den Berichtigungsanspruch für diesen geltend zu machen. Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist ebenfalls eine Hilfsmaßnahme, für die der Pfändungsbeschluß die vollstreckungsrechtliche Grundlage bildet.

Zweifelhaft ist, ob der Berichtigungsanspruch allein überhaupt Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein kann, und ob er dem Zugriff des Gläubigers schon unterliegt, bevor das buchmäßig zu berichtigende Recht selbst gepfändet ist. Nur die übertragbare Forderung ist pfändbar (§ 851 ZPO). Der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB ist als solcher jedoch nicht übertragbar. Denn er kann von dem dinglichen Recht nicht getrennt werden und bildet nur einen Ausfluß dieses Rechts. Der Berichtigungsanspruch kann daher nur in Verbindung mit dem Recht selbst, mit dem er organisch verbunden ist, übertragen werden. Anders ist es jedoch mit der *Ausübung* des Berichtigungsanspruches als einer dem dinglichen Recht anhaftenden Befugnis (§ 857 Abs. 3 ZPO). In der Überlassung der Ausübung an einen anderen liegt noch keine Übertragung des Rechts selbst, sondern nur die Ermächtigung für den Andern, im eigenen Namen die Zustimmung des Buchberechtigten zur Eintragung des Eigentümers als des materiell Berechtigten an Stelle des Eigentümers zu fordern[103]).

§ 857 Abs. 3 ZPO gestattet die Pfändung eines an sich nicht veräußerlichen Rechtes insoweit, als dessen Ausübung übertragbar ist. Ein Hauptanwendungsfall dieser Vorschrift ist gerade der Berichtigungsanspruch. Dieser kann zum Zwecke einer Ermächtigung des Gläubigers gepfändet und dem Pfandgläubiger zur Ausübung in Wahrnehmung seiner Interessen überwiesen werden.

Die hierzu geäußerten Bedenken[104]), der Berichtigungsanspruch sei kein Vermögensrecht, sondern nur ein in die Form eines materiell-recht-

[103]) RG 62, 326; 66, 22 und andere; STEIN-JONAS, § 857 II[8] Abs. 2.

[104]) RG 59, 318; 69, 41; MAYER, 62, 526, der den Gläubiger ohne Weiteres für befugt erachtet, den Berichtigungsanspruch geltend zu machen.

lichen Anspruchs gebrachtes formelles Interesse, sei daher kein Recht im Sinne von § 857 Abs. 3 ZPO, sind unbegründet. Der Berichtigungsanspruch ist ein dinglicher Anspruch und als solcher ein Recht, wird auch vom Gesetz als Recht behandelt, wie allein schon seine Einordnung in das Gefüge des *materiellen* Liegenschaftsrechts beweist. Es ist daher nicht notwendig, als weiteres Argument die Vorschrift des § 14 GO heranzuziehen. Überdies versagt dieses Argument, weil § 14 GO dem Titelgläubiger nur ein formales Antragsrecht, aber keinen materiellen Anspruch verschafft, mithin nicht die Ansicht stützen kann, der Berichtigungsanspruch sei ein materielles dingliches Recht.

Der Pfändungs- und Überweisungsgläubiger des Berichtigungsanspruches muß im Prozeß den Beweis für die Unrichtigkeit des Grundbuchs führen. Er kann die Herausgabe der dafür benötigten Urkunden (Quittungen pp.) vom Schuldner gemäß § 836 Abs. 3 ZPO verlangen. Notfalls kann er mit Hilfe des diese Urkunden unmittelbar erfassenden Überweisungsbeschlusses nach den §§ 883 ff. ZPO die Herausgabe erzwingen. Die Herausgabe der Urkunden bewirkt im Sinne der Ermächtigung (ähnlich wie bei einer Teilpfändung) die Einräumung des vorübergehenden Mitbesitzes an den Vollstreckungsgläubiger. Dieser muß nach der Durchführung der Berichtigung die Urkunden dem Eigentümer zurückgeben. Eine entsprechende Fassung der Überweisungsanordnung ist für diesen Sonderfall geboten.

Der Überweisungsbeschluß verpflichtet den Schuldner außerdem zur Auskunftserteilung. Diese kann der Gläubiger ebenfalls nach §§ 883, 888 ZPO durch gerichtlich anzuordnende Beugemittel erzwingen. Die vorgesehenen Zwangsmaßnahmen gelten nämlich anerkannten Rechtens ebenso für die Auskunftspflicht wie für die Herausgabepflicht (§ 836 Abs. 3 ZPO)[105].

Der Drittbesitzer der Urkunde ist dem Pfandgläubiger zu deren Herausgabe unmittelbar verpflichtet und dem Vollstreckungszwang unterworfen. Hier umfaßt anders als beim Brief die Überweisung des Berichtigungsanspruchs auch die Überweisung des die Urkunden betreffenden Herausgabeanspruches, soweit ein solcher nach bürgerlichem Recht besteht[106]. Denn die Herausgabe der Urkunden an den Pfandgläubiger geschieht nur im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung, die ihn legitimiert, für den Schuldner im eigenen Namen die Herausgabe zu fordern. Die Urkunden sind mit dem Berichtigungsanspruch und seinem rechtlichen Schicksal untrennbar verbunden. Die Ausübung des Berichtigungsanspruches erstreckt sich daher auch auf den Herausgabeanspruch hinsichtlich der Urkunden.

Die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruches ist demnach das Mittel, das der Pfandgläubiger anwenden muß, um die Berichtigung und demnächst die Eintragung des Pfandvermerks bei der ge-

---

[105]) s. STEIN-JONAS, § 857 II 6c; Rechtspr. 14, 185 (Oberlg. Celle).
[106]) vergl. STEIN-JONAS, § 836 III Abs. 5.

pfändeten Bucheigentümerpost, als deren Gläubiger noch ein anderer eingetragen ist, und damit den Pfandrechtserwerb selbst zu erzielen.

Der Nebenweg einer Feststellungsklage gegen den Buchberechtigten zwecks Feststellung seiner materiellen Nichtberechtigung ist nicht gangbar, da die Berichtigungsklage als Verurteilungsklage ein bloßes Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) ausschließt[107]).

Die Möglichkeit eines befristeten Schutzes bieten dem noch nicht eingetragenen Vollstreckungsgläubiger die Vorschriften der §§ 44, 45 GO über die Reihenfolge der Grundbucheintragungen. Wenn der Gläubiger schon vor der Durchführung der Berichtigung den Antrag auf Eintragung des Pfandvermerks stellt, wird das Grundbuchamt durch eine Zwischenverfügung nach § 18 GO eine angemessene Frist zur Behebung des Hindernisses (der Unrichtigkeit) stellen und vor einer anderweitigen Eintragung eine Amtsvormerkung zu Gunsten des Vollstreckungsgläubigers buchen. Diese nimmt zwischenzeitlichen, dem Gläubiger nachteiligen Verfügungen des Eigentümers auch im Verhältnis zu Gutgläubigen relativ ihre Wirksamkeit (§ 883 BGB)[108]).

c) Die für ein *forderungsbekleidetes* Eigentümergrundpfandrecht gebotenen Abweichungen von den gewonnenen Ergebnissen gehen unmittelbar daraus hervor, daß neben dem Eigentümer, dem auch die Forderung zusteht, in Ansehung dieser Forderung ein Drittschuldner vorhanden ist. Daher kann nach § 829 Abs. 3 ZPO die *Forderungs*pfändung nur mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner wirksam werden. Es herrscht kein Streit darüber[109]), daß die Pfändung der Eigentümerhypothek im eigentlichen Sinne nach der Vorschrift des § 830 ZPO vorgenommen werden muß. Denn hier ist die *Forderung* der Gegenstand der Pfändung, und es kann keine Bedeutung haben, ob das die Forderung sichernde dingliche Recht dem Eigentümer selbst oder einem anderen zusteht. Hier ist also § 830 ZPO anwendbar mit der Einschränkung, daß der Eigentümer die Doppelstellung als Vollstreckungsschuldner und als dinglicher *Dritt*schuldner neben dem Drittschuldner der gepfändeten Forderung hat. Die *Forderungs*pfändung wirkt als Leistungsverbot dem Drittschuldner gegenüber auch dann, wenn die Pfändung des *dinglichen* Rechts, sei es durch die Briefübergabe, sei es durch die Grundbucheintragung noch nicht vollzogen ist (§ 830 Abs. 2 ZPO). Es kann also bis dahin ein Zwischenstadium eintreten, in dem weder der Schuldner noch sein Pfandgläubiger von dem Drittschuldner die Leistung verlangen können. Dieses Zwischenstadium muß jedoch dann enden, wenn die Eigentümerpost durch eine Abtretung oder durch eine von einem anderen Gläubiger

---

[107]) vergl. Stein-Jonas, § 256 III[5].

[108]) vergl. Bürger, S. 33; Güthe-Triebel, § 18[6], wo der Mangel des Eingetragenseins des betroffenen Eigentümerpfandgläubigers als ein Hindernis betrachtet wird, zu dessen Beseitigung das Grundbuchamt eine Frist nach § 18 GO stellen kann; a. M. Bürger.

[109]) vergl. Stein-Jonas, § 857 II 6, Abs. 1.

erwirkte Pfändung und Überweisung von den Eigentümer auf einen Dritten übergeht. Dies gilt auch dann, wenn aus einem anderen Grunde die Pfändung des *dinglichen* Rechts durch den ersten Gläubiger neben der Forderungspfändung sich als undurchführbar erweist. Es wäre widersinnig, das nach § 830 Abs. 2 ZPO *vor*zeitig wirksam werdende Zahlungsverbot an den persönlichen Schuldner, das nur der Sicherung des jeweils auf die Eigentümerhypothek zugreifenden Gläubigers dient, aufrecht zu erhalten, obwohl feststeht, daß dieser ein wirksames Pfandrecht an der Post nicht erwerben und daher aus der Forderung keine Befriedigung erlangen kann[110]).

2. In Sonderfällen:

a) Die Zwangsvollstreckung in Teileigentümergrundpfandrechte:

Das Teilrecht des Eigentümers entsteht bei der Hypothek durch den Wegfall eines Forderungsteils infolge einer Nichtvalutierung oder einer späteren Teilleistung. Praktisch tritt die Teileigentümerpost am häufigsten bei den Tilgungshypotheken in die Erscheinung. Sie umfaßt jeweils den Forderungsteil, welcher der Summe der von *einem* Eigentümer geleisteten Abzahlungen entspricht. Was ein früherer Eigentümer gezahlt hat, blieb Eigentümergrundpfandrecht, solange dieser der Eigentümer war. Mit dem Eigentümerwechsel ist daraus eine Teilfremdgrundschuld im Verbande der gesamten Post und mit dem ihr innerhalb dieser Post zukommenden Rang geworden.

Bei den sogenannten Tilgungsfondshypotheken entsteht kein Teileigentümergrundpfandrecht[111]). Denn die Tilgungsraten fließen zunächst in den Fonds, und die ganze Forderung erlischt erst mit der völligen Tilgung durch Aufrechnung einheitlich. Ähnliches gilt für die Tilgungshypotheken nach dem Reichsheimstättengesetz[112]) und für ein zur Abtragung einer Hofschuld angesammeltes Tilgungsguthaben nach § 9 des Reichserbhofgesetzes.

Die Zwangsvollstreckung in eine *brieflose* Teileigentümerpost bietet keine Besonderheiten. Diese vollzieht sich hinsichtlich des dem Eigentümer zustehenden Teils gemäß den oben geschilderten Regeln und Formen.

Ist bei einer *verbrieften* Eigentümerpost ein Teilbrief bereits gebildet worden, so gilt auch hier hinsichtlich des Teilrechts und des Teilbriefs das für die gesamte Briefpost Gesagte.

Schwieriger gestaltet sich jedoch die Zwangsvollstreckung *vor* der Bildung eines Teilbriefes. Oben ist bereits dargelegt worden: Der Schuldner und der Gläubiger einer Post, die teils Eigentümer-, teils Fremdpost ist, sind Miteigentümer des Briefes. Der Schuldner hat trotzdem kein

---

[110]) vergl. MAYER, Gr. 56, 290 und die dort angegebenen Stellen (Note 11 daselbst).

[111]) s. STAUDINGER, § 1163, 29, Abs. 6; RG 104, 68; 142, 161.

[112]) Näheres s. STAUDINGER, § 1163 III, 48.

Recht zum Briefmitbesitz (§ 1145 BGB); er kann, wenn er die Auflösung des Gemeinschaftseigentums an dem Brief wünscht, vom Gläubiger nur die Vorlage bei der zuständigen amtlichen Stelle (Grundbuchamt oder Notar) zwecks Bildung des Teilbriefs verlangen. *Diesen* Anspruch seines Schuldners muß der Vollstreckungsgläubiger pfänden und sich überweisen lassen.

Die Beschlagnahme der Teileigentümerbriefpost erfordert also neben dem eigentlichen Pfändungsbeschluß weiterhin die Pfändung *erstens* des Berichtigungsanspruches, *zweitens* des Vorlageanspruches hinsichtlich des Briefes, *drittens* des Anspruches auf die Aufhebung des gemeinschaftlichen Briefeigentums und schließlich *viertens* des Anspruchs auf die Aushändigung des Teilbriefes, alles Zusatzpfändungen, die zusammen in einem zweiten Pfändungsbeschluß enthalten sein können.

Die Teileigentümerpost ist für den Gläubiger erst dann gepfändet, wenn das Vollstreckungsgericht alle diese Anordnungen getroffen hat. Der Pfändungsgläubiger kann nunmehr von dem Fremdgläubiger die Briefvorlage zwecks Bildung des Teilbriefes verlangen und erforderlichen Falls mit einer Klage durchsetzen.

Eine weitere Komplikation tritt ein, wenn nicht der Fremdgläubiger sondern ein zur Herausgabe nicht gewillter *Dritter* den Brief besitzt. Der zweite Pfändungsbeschluß genügt zu einem zwangsweisen Vorgehen gegen den *Dritten* noch nicht. Es bedarf daher noch einer Übertragung des Herausgabeanspruches gegen den Dritten von dem Fremdgläubiger auf den Vollstreckungsgläubiger. Diese kann entweder durch eine rechtsgeschäftliche Abtretung oder im Wege der Zwangsvollstreckung durch ein in einem weiteren Beschluß anzuordnende *(fünfte)* Zusatzpfändung mit Überweisung erfolgen. Der Vollstreckungsgläubiger kann jetzt erst gegen den Dritten vorgehen. Dringt er mit dem Briefherausgabeanspruch gegen diesen nicht durch, so ist sein Zugriff auf die verbriefte Teileigentümerpost endgültig gescheitert. Der Zugriff wird auch ohnedies wegen des verwickelten und zeitraubenden Verfahrens vielfach zu spät kommen oder ein Griff in's Leere sein.

Die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch hat bei *Brief*teilposten für die Beschlagnahme selbst keine Bedeutung. Die Eintragung hat ebenso wie die Eintragung der Pfändung einer *ganzen* Eigentümerbriefpost nur die Bedeutung einer Berichtigung des Grundbuchs.

Man hat im Interesse des Gläubigerschutzes nach Mitteln und Wegen gesucht[113]), das Vollstreckungsverfahren in Eigentümer-, insbesondere Teileigentümerposten, zu vereinfachen und für den Vollstreckungsgläubiger vorläufige Sicherungen gegen drohende Nachteile zu schaffen. Nachteile drohen diesem einmal aus Verfügungen des Schuldners selbst. Ferner können Verfügungen des durch den Briefbesitz oder die Eintragung nach

[113]) S. RG 69, 36; 59, 318; Stein-Jonas, § 857 III b; Bruck, S. 134 ff.; Endemann, II, S. 735.

außen hin noch voll legitimierten, materiell jedoch nicht mehr berechtigten Fremdgläubigers dem Vollstreckungsgläubiger schaden, sodann aber auch Maßnahmen anderer besser vorwärts kommender Vollstreckungsgläubiger.

Gegen den eingetragenen, aber nicht berechtigten Buch-Fremdgläubiger und dessen Verfügungen zu Gunsten Redlicher schützt die Eintragung eines das Gläubigerrecht ganz oder teilweise bestreitenden Widerspruchs auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§ 899 BGB). Eine solche kann der Vollstreckungsgläubiger dann erwirken, wenn er die Ermächtigung zu der Geltendmachung des dem Schuldner zustehenden Berichtigungsanspruches in der oben geschilderten Weise durch Pfändung und Überweisung erworben hat. Die Vorlage des Briefes ist zur Eintragung des Widerspruchs nicht erforderlich (§ 41 GO).

Nachteilige Verfügungen des *Schuldners* selbst lassen sich mit Hilfe des Widerspruchs nicht unschädlich machen. Denn der Schuldner handelt, wenn er verfügt, als der Berechtigte aus dem Eigentümer-Grundpfandrecht. Als Berechtigter kann er jederzeit die Löschung des Widerspruchs und damit die Beseitigung des einer wirksamen Verfügung entgegenstehenden Hindernisses herbeiführen. Der Ausweg[114]), den Verfügungen des Schuldners durch die Eintragung einer Vormerkung (§§ 883—885 BGB) zu begegnen, ist nicht gangbar. Denn der Vollstreckungsgläubiger hat keinen *obligatorischen* Anspruch auf die Einräumung eines Pfandrechts an dem Eigentümergrundpfandrecht. Einen privaten schuldrechtlichen Anspruch auf die Pfändung besitzt der Gläubiger nicht, sondern nur den Anspruch auf Befriedigung aus der Eigentümerpost mit Hilfe staatlicher Zwangsmittel. Das Recht des Gläubigers auf Befriedigung wegen seines *Geld*anspruchs kann notfalls durch einen Arrest gesichert werden, aber nicht durch eine Vormerkung. Dieser Rechtsbehelf ist dem Vollstreckungsrecht fremd[115]).

Die Rechtsprechung[116]) hat auch dadurch zu helfen versucht, daß sie dem in dem Pfändungsbeschluß enthaltenen Verfügungsverbot an den Schuldner nach § 161 BGB eine aufschiebend bedingte, auf den Zeitpunkt der Zustellung an den Eigentümer als den Drittschuldner zurückbezogene Wirkung verleiht. Die Bedingung sei die, daß die Pfändung durch die Eintragung im Grundbuch oder die Briefübergabe demnächst vollzogen werde. Die in der Zwischenzeit vorgenommenen Verfügungen des Eigentümers seien gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger hinsichtlich des von ihm erstrebten Pfandrechts relativ unwirksam. Verfügungen zu Gunsten Dritter, auch gutgläubiger Dritter, in erster Linie anderer Gläubiger, im Wege der Zwangsvollstreckung seien unschädlich, da der Schutz des guten Glaubens nur dem rechtsgeschäftlichen Erwerb zur Seite stehe.

Diese Rechtsauffassung würde praktisch dazu führen, daß für den Rang eines Pfändungspfandrechtes an der Eigentümerpost stets der Zeit-

---

[114]) Stein-Jonas, § 830 V, RG 56, 14. Rechtsprechung 6, 403.
[115]) vergl. Stein-Jonas, § 830 V, § 857 II 6 c, § 930 II; RG 145, 33.
[116]) s. RG. 97, 223 ff.

punkt der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner und nicht der Zeitpunkt der Beschlagnahme selbst bestimmend wäre.

Diese Auffassung ist trotz ihrer befriedigenden praktischen Auswirkung rechtlich nicht haltbar. Denn der Pfändungsbeschluß allein kann ohne die Briefübergabe oder die Eintragung des Pfandvermerks im Grundbuch noch keine pfandrechtlichen Wirkungen gegenüber dem Eigentümer erzeugen, also auch noch nicht die Bedeutung eines selbständigen Verfügungsverbots diesem gegenüber besitzen. Die rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Eigentümers sind also in der Zeit zwischen der Zustellung des Pfändungsbeschlusses und der Beschlagnahme durch die Eintragung oder die Briefherausgabe trotz der Kenntnis des Erwerbers von der bereits erfolgten Zustellung des Pfändungsbeschlusses wirksam. Die Anwendung von § 830 ZPO führt auch zu keinem anderen Ergebnis. Denn diese Vorschrift läßt die Wirkung der Pfändung durch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nur gegenüber dem hier nicht vorhandenen Drittschuldner, nicht aber gegenüber dem Eigentümer als dem Gläubiger der Eigentümerpost, eintreten. Die Heranziehung des § 161 BGB und die dadurch versuchte Lösung zu Gunsten des Vollstreckungsgläubigers, der noch kein Pfändungspfandrecht erworben hat, scheitern zudem an der Vorschrift des § 13 KO. Danach ist das Verfügungsverbot des Pfändungsbeschlusses den Konkursgläubigern des Eigentümers gegenüber unwirksam[117]). Es geht nicht an, im Widerspruch dazu das Verfügungsverbot an den Schuldner außerhalb des Konkurses schon als Pfandrecht zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers wirken zu lassen.

Die Eintragung eines Verfügungsverbotes bei der Eigentümerpost im Grundbuch auf Grund einer einstweiligen Verfügung ist deswegen undurchführbar, weil die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine solche einstweilige Vollstreckungsmaßnahme fehlen. Der Gläubiger hat gegen den Schuldner einen *Geld*anspruch, aber keinen Anspruch auf eine Individualleistung (§§ 935, 940 ZPO).

Es bleibt noch die Pfändungsankündigung (§ 845 ZPO) übrig. Deren Schutzwirkung versagt aber im Regelfalle, weil die Pfändungsankündigung keine weitergehende Wirkung haben kann, als die Pfändung selbst. Bei der Eigentümer*hypothek* im eigentlichen Sinne und bei der durch einen Eigentümerwechsel *nach* der Pfändungsankündigung vollzogenen Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Fremdgrundschuld, sowie bei der Umwandlung des Eigentümerrechts in einen Erlösanspruch durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren hat allerdings die Pfändungsankündigung einen praktischen Wert. Für die Frist von drei Wochen ist nämlich die Leistung des *Dritt*schuldners an den Schuldner zu Gunsten des demnächst zugreifenden Vollstreckungsgläubigers gesperrt.

Der Schutz des Vollstreckungsgläubigers gegen Pfändung einer Teileigentümerpost durch andere Gläubiger des Eigentümers beschränkt sich

---

117) vergl. JAEGER, KO 6. Aufl., § 13 Anm. 4. „Dieses Veräußerungsverbot für sich allein würde dem Konkursverwalter gegenüber versagen."

auf die oben erörterte, nicht allseitig anerkannte[118]) Möglichkeit, nach § 18 GO die Eintragung eines Amtswiderspruchs mit begrenzter Wirkungsdauer durch einen sofortigen Antrag auf Buchung des Pfändungsvermerks zu erreichen.

Hat der konkurrierende Vollstreckungsgläubiger seinen Zugriff schon vollendet, so bleibt für den anderen Gläubiger nur noch die Möglichkeit einer Anschlußpfändung. Diese wird bei Buchrechten wie die erste Pfändung durchgeführt. Die Anschlußpfändung eines verbrieften Eigentümerteilgrundpfandrechts erfordert die Übergabe des Teilbriefs. Diese kann aber nur in der vertraglich vollzogenen Einräumung des Mitbesitzes an dem Teilbrief bestehen. Hierzu ist indes der erste Pfandgläubiger nicht verpflichtet. Als Aushilfe wird der Abschluß eines Verwahrungsvertrages vorgeschlagen[119]), auf Grund dessen der erste Pfandgläubiger den Teilbrief auch für den zweiten Gläubiger besitzen soll. Ein solcher Vertrag ist jedoch ein untaugliches Mittel und kann die Briefübergabe nicht ersetzen, da die nach § 883 ZPO zu vollziehende Briefpfändung keine Übergabesurrogate zuläßt. Eine Anschlußpfändung des Briefes nach § 826 ZPO ist unzulässig. Denn der Brief ist nicht als bewegliche Sache nach § 808 ZPO gepfändet, sondern nach § 883 ZPO weggenommen worden. Ein Recht auf Aushändigung zum gemeinsamen Gewahrsam ist nicht konstruierbar[120]).

Der zweite Pfandgläubiger, dem der erste die Einräumung des Mitbesitzes an dem Teilbrief verweigert, bleibt darauf beschränkt, den Schuldneranspruch gegen den ersten Gläubiger, nach erfolgter Befriedigung den Brief herauszugeben, oder die Überschußforderung des Schuldners zu pfänden. Dadurch wird aber ein Pfandrecht an der Eigentümerpost selbst nicht begründet.

Wenn mehrere Gläubiger gleichzeitig mit Erfolg auf die Eigentümerpost zugreifen, erfolgt die Übergabe oder die Wegnahme des Briefes zu Gunsten aller. Die Pfandrechte entstehen dann gleichzeitig und mit gleichem Range. Das Gleiche gilt, wenn sämtliche Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe des Briefes gegen den Drittbesitzer sich überweisen lassen[121]).

b) Die Zwangsvollstreckung in zukünftige Eigentümer-Grundpfandrechte:

Die Rechtslehre und die Rechtsprechung[122]) machen auch das zukünftige Eigentümergrundpfandrecht zum Gegenstand ihrer Erörterungen. Das Gesetz selbst hat nur das gegenwärtige Eigentümergrundpfandrecht geregelt.

---

[118]) s. Note 108.
[119]) s. Stein-Jonas, § 830 VIII.
[120]) KG, Rechtspr. 11, 113.
[121]) s. Stein-Jonas, § 830 VIII, letzter Absatz.
[122]) vergl. Staudinger, § 1163[6]; Mayer in Gr. 56, 553; Planck, § 1177 4b; RG. 51, 115; 55, 334; 56, 14; Güthe-Triebel II, S. 1787.

Es ist schon erwähnt worden, daß unter einem zukünftigen Eigentümergrundpfandrecht die für den Eigentümer gegebene Möglichkeit zu verstehen ist, ein noch bestehendes Fremdgrundpfandrecht in den Fällen der §§ 1163, 1168 usw. BGB später als Eigentümerrecht zu erwerben.

Die Antwort auf die Frage, ob dieses zukünftige Recht des Eigentümers abtretbar und pfändbar ist, setzt die Bestimmung seiner rechtlichen Natur voraus. Diese ist wiederum durch die Wesensbestimmung des Eigentümergrundpfandrechts selbst bedingt. Man begegnet in der Literatur[123]) mehreren Konstruktionen, die das künftige Recht entweder als gegenwärtiges Vollrecht oder als Anwartschaftsrecht oder nur als ein künftig erst existent werdendes Recht ohne jede Gegenwartswirkung bezeichnen[124]).

Die Anerkennung des zukünftigen Eigentümergrundpfandrechts als eines gegenwärtigen Vollrechts ist nur dann möglich, wenn man das zukünftige Recht mit dem schon bestehenden Eigentümerpfandrecht nach Inhalt und Wirkung auf eine Stufe stellt, wenn man also das zukünftige Recht auch schon als einen selbständigen Ausfluß des gegenwärtigen Eigentumsrechts, als einen Splitter dieses Rechts, ansieht. Diese Auffassung muß ohne weiteres zur Bejahung der Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der zukünftigen Eigentümerpost führen[125]). Sie ist jedoch mit der hier vertretenen Ansicht, daß das Eigentümergrundpfandrecht ein echtes Pfandrecht sei, nicht vereinbar. Jener Auffassung steht auch die Erwägung entgegen, daß die auf der Pfandhaftung des Grundstücks beruhenden Befugnisse, insbesondere das Recht zur Befriedigung aus dem Grundstück, bis zu dem Entstehen des Eigentümerrechts allein dem Gläubiger zustehen, daß also für ein Eigentümergrundpfandrecht, solange ein Fremdgläubiger vorhanden ist, der Entstehungstatbestand fehlt. Das zukünftige Recht kann mithin noch kein gegenwärtiges Vollrecht sein. Hätte der Eigentümer über das zukünftige Recht wie über das Eigentum selbst bereits die Verfügungsmacht, so würde bei einem Eigentümerwechsel, der zeitlich *vor* der kraft Gesetzes eintretenden Umwandlung des Fremdrechts in das Eigentümerrecht eintritt, dem Erwerber des Grundstücks dieses Recht als Eigentümerpost dann nicht zufallen, sondern auf einen Dritten übergehen, wenn der erste Eigentümer schon früher über seine künftige Eigentümerpost zu dessen Gunsten verfügt, insoweit (hinsichtlich des Splitters) sich also seines Eigentums bereits *vor* dem Eigentümerwechsel entäußert hätte. Diese Folge wird zutreffend einhellig abgelehnt[126]).

Die *Anwartschafts*rechte bilden eine Zwischenstufe im Zuge der Entwicklung eines Rechts zum Vollrecht, für das alle Voraussetzungen der Entstehung noch nicht erfüllt sind. Die Anwartschaftsrechte sind also gegenwärtige, nach außen hin vor einer Beeinträchtigung geschützte sub-

---

[123]) s. Note 122.
[124]) Heck, § 84 III: „hypothekarischer Schatten".
[125]) So Güthe-Triebel, II, S. 1787.
[126]) vergl. Staudinger, § 1163[5], Abs. 3.

jektive Rechte mit eigenem Vermögenswert. Der werdende Rechtstatbestand erzeugt schon in einer bestimmten Entwicklungsphase Vor- und Zwischenwirkungen. Das Musterbeispiel für ein solches Anwartschaftsrecht, das aufschiebend bedingte Recht, zeigt deutlich den Unterschied zu dem zukünftigen Recht. Das aufschiebend bedingte Recht ist bereits entstanden, es ist nur in seiner Wirksamkeit noch nicht voll entwickelt. Bei dem zukünftigen Recht fehlt es dagegen an dem Tatbestand des Entstehens überhaupt noch.

Die Anwartschaftsrechte sind als bereits bestehende Rechte den zukünftigen Rechten nicht gleichzusetzen. Dies verbieten nicht allein die Unterschiede in ihrem rechtlichen Aufbau, sondern dies ergibt sich auch aus der im Gesetz ausdrücklich vorgenommenen Gegenüberstellung von bedingten und zukünftigen Rechten (z. B. §§ 883, 1113, 1204, 1209 BGB).

Bei der Anwendung dieser Rechtsanschauung auf das zukünftige Eigentümergrundpfandrecht ist also zu prüfen, ob der Entstehungstatbestand eines Eigentümerrechts schon mit der Entstehung des Fremdrechts, das demnächst ein Eigenrecht werden kann, gegeben ist. Dies ist zu verneinen. Denn erst der Wegfall der Forderung, ein in der Zukunft mögliches Ereignis, läßt das *Eigentümer*pfandrecht als solches zur Entstehung kommen. Die zukünftige Eigentümerpost ist somit noch kein Anwartschaftsrecht im eigentlichen Sinne, ist also auch nicht wie ein echtes Anwartschaftsrecht übertragbar und pfändbar.

Ob — die dritte Möglichkeit — das zukünftige Eigentümergrundpfandrecht ein schon genügend individualisiertes zukünftiges Recht ist oder nur die Bezeichnung eines Tatbestandes, aus dem ein solches demnächst hervorgehen kann, ist ebenfalls streitig[127]). Die Anschauung, das Künftige liege anders als sonst nur auf der subjektiven Seite, nämlich in dem Fehlen der *eigenen* Rechtszuständigkeit, ist eine Konstruktion, die in ihrer Verallgemeinerung zu praktisch unmöglichen Folgen führen muß.

Die Beantwortung der weiteren Frage, ob das noch nicht zur Entstehung gelangte Eigentümergrundpfandrecht, wenn dieses ein zukünftiges Recht wäre (also ohne die Eigenschaften eines Anwartschaftsrechts), schon dem Zugriff der Gläubiger des Eigentümers im Wege der Zwangsvollstreckung unterliegt, führt in das schwierige Problem von der rechtsgeschäftlichen oder zwangsweisen Verfügung über zukünftige Rechte. Dieses Problem kann hier, um den Rahmen der Abhandlung nicht zu verlassen, nur kurz und nur in seiner Auswirkung auf das Eigentümergrundpfandrecht erörtert werden[127]).

Die herrschende Meinung[128]) bejaht die Übertragbarkeit zukünftiger Rechte und stützt sich dabei in erster Linie auf den § 185 Abs. 2 BGB. Wenn diese Vorschrift eine wirksame *Vor*verfügung über zwar schon bestehende aber noch fremde Rechte dem späteren Erwerber gestatte, dann

[127]) vergl. Dürrholz, S. 22 ff.
[128]) s. Staudinger, § 185[8]; RG 89, 158; 135, 378.

müsse man auch die Verfügung über ein zukünftig anfallendes Recht, für das die Wurzel im Zeitpunkt der Verfügung schon vorhanden sei, gestatten.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Vorschrift des § 185 Abs. 2 BGB eine für die rechtsgeschäftliche Verfügung geltende Ausnahme bildet. Auf die Zwangsvollstreckung, welche einen Übergriff auf fremde Rechte niemals erlaubt, kann diese Ausnahme keine Anwendung finden.

Will man die Abtretbarkeit und damit die Pfändbarkeit zukünftiger Rechte grundsätzlich bejahen, so würde dies für die zukünftige Eigentümerpost noch keinen praktischen Wert haben. Denn die Durchführung der Pfändung muß an der Unmöglichkeit, den Briefbesitz zu erlangen oder die Buchung der Pfändung zu bewirken, scheitern. Der zur Herausgabe nicht verpflichtete Fremdgläubiger wird den Brief freiwillig nicht herausgeben. Der Eintragung des Pfändungsvermerks steht formell § 39 GO entgegen. Der Vollstreckungsgläubiger hat auch kein Mittel, die Eintragung des Eigentümers als des eventuell und demnächst Berechtigten durchzusetzen. Das Grundbuch ist richtig. Der Gläubiger wird seine Zustimmung zu einer Buchung bei seinem Recht versagen, die ein zukünftiges, vielleicht einmal entstehendes Recht angeht, abgesehen davon, daß die Prinzipien des ganzen Buchungswesens im Liegenschaftsrecht, Klarheit und Übersichtlichkeit, eine solche Eintragung überhaupt nicht gestatten.

Ohne die Briefherausgabe oder die Eintragung des Pfändungsvermerks im Grundbuch ist aber auch die Pfändung einer zukünftigen Eigentümerpost nicht durchführbar. Hier den bei der Pfändung einer schon bestehenden Eigentümerpost nicht anwendbaren, § 857 Abs. 2 ZPO (Fehlen eines Drittschuldners) einschalten zu wollen, wäre nicht folgerichtig. Die Pfändung eines Anwartschaftsrechts oder eines zukünftigen Rechts kann sich nicht in anderen Formen vollziehen als die Pfändung des gegenwärtigen Rechts selbst. Eine unterschiedliche Behandlung hätte die nicht mögliche Anerkennung der dinglichen Anwartschaftsrechte als selbständiger dinglichen Rechte mit eigenen Regeln zur Voraussetzung.

Das Kammergericht[129]), das in der unten bezeichneten Entscheidung das zukünftige Eigentümergrundpfandrecht als ein aufschiebend bedingtes Recht ansieht und dessen Pfändbarkeit bejaht, läßt die Frage, wie die Briefherausgabe oder die Buchung zu erreichen seien, offen.

Festzustellen ist als Endergebnis, daß die ungewisse Aussicht, die Hypothek einmal zu erwerben, nicht als ein Vermögensrecht gewertet werden kann, das übertragbar ist, und an dem ein Anderer ein wirksames Recht erwerben kann. Der Eigentümer kann über die Hypothek erst verfügen, wenn für ihn das Recht an der Hypothek entsteht, und wenn er deren Umschreibung auf sich verlangen kann. Von diesem Augenblick

---

[129]) s. J.W. 32, 3191, Nr. 10: „Der Fall liege in allen wesentlichen Punkten dem des aufschiebend bedingten Rechts, dessen Pfändbarkeit außer Streit steht, ähnlich."

an ist auch eine Pfändung durch die Gläubiger des Eigentümers erst möglich[130]).

c. Die Zwangsvollstreckung in Eigentümergrundpfandrechte aus Höchstbetragshypotheken:

Den im Rechtsverkehr praktisch am häufigsten auftretenden Anwendungsfall des Problems, ob und wie eine Eigentümergrundpfandpost pfändbar ist, bildet die Höchstbetragshypothek. Eine Höchstbetragshypothek ist wegen der strengen Akzessorietät des dinglichen Rechts zu der Forderung stets eine Sicherungshypothek. Sie sichert den Gläubiger bis zu einem bestimmten Höchstbetrage, wobei die Feststellung der persönlichen Forderung vorbehalten ist. Im Regelfalle liegt der Hypothekenbestellung ein Kontokorrentverhältnis zu Grunde.

Über die Rechtsnatur der nicht oder nur teilweise valutierten Maximalpost gehen die Ansichten auseinander[131]). Früher war die Auffassung vorherrschend, daß der Gläubiger während des Schwebezustandes in voller Höhe der Hypothek allein der aus der Post dinglich Berechtigte sei. Erst die endgültige Feststellung der Forderung habe die Rechtsfolge, daß die Hypothek, soweit sie nicht valutiert sei, eine Eigentümergrundschuld werde. Bis dahin habe der Eigentümer lediglich die Aussicht, das Recht später als Eigentümerpost zu erwerben. Diese Auffassung bedeutet für das Gebiet der Zwangsvollstreckung, daß während des Schwebezustandes bis zur endgültigen Feststellung der Forderung ein Gläubigerzugriff auf die Höchstbetragshypothek auch insoweit, als sich daraus ein Eigentümergrundpfandrecht schon entwickelt hat oder noch entwickeln kann, unmöglich ist.

Diese strenge, im Hinblick auf wohlberechtigte Gläubigerinteressen praktisch unbefriedigende Rechtsanschauung ist neuerdings einer beweglicheren, den wirtschaftlichen Notwendigkeiten stärker Rechnung tragenden Anschauung gewichen[132]). Man geht heute mit Recht davon aus, daß nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB die Höchstbetragshypothek wie jede andere Hypothek für den *von vorneherein* nicht valutierten Teil keine bloße Anwartschaft, sondern sofort eine Eigentümergrundschuld sei, die sich erst später durch das Hineinwachsen der persönlichen Forderung in das dingliche Recht in eine Gläubiger-Hypothek verwandle. Die bei der Eintragung

---

[130]) s. auch GÜTHE-TRIEBEL II, S. 1845 4 b, der allerdings die künftige Eigentümerhypothek als ein unbedingtes und unbefristetes dingliches Recht ansieht, als „hypothekarisch belastetes Eigentum" jedoch nur den *Gläubiger* zur Verfügung über die fragliche Rangstelle für berechtigt hält, solange die Gläubigerhypothek bestehe. Solange stehe dem Verfügungsrecht des Eigentümers eine Verfügungsbeschränkung entgegen, die die gleiche Wirkung wie ein absolutes Verfügungsverbot nach § 134 BGB habe und daher nicht allein zu Gunsten des Gläubigers wirke.

[131]) PLANCK, § 1190[6] a, STEIN-JONAS, § 857 II 6 d, STAUDINGER, § 1190[14], RG 55, 220; 61, 39; 75, 249; 97, 223; 120, 110; GÜTHE-TRIEBEL, § 22[14].

[132]) s. RG 75, 251; 97, 226; 120, 110; MAYER, S. 527; HELLWIG-OERTMANN II, S. 273.

— dieser Fall bildet die Regel — noch nicht ganz valutierte Höchstbetragshypothek steht also unter der Herrschaft einer doppelten Bedingung. Das mit der Bestellung der Hypothek entstehende Eigentümerpfandrecht ist durch das Entstehen der Forderung oder einer höheren Forderung (höher als die ursprüngliche Forderung) auflösend bedingt. Die entstehende Fremdhypothek ist durch den Wegfall der Forderung oder eines Forderungsteils auflösend bedingt. Die rechtsgeschäftliche oder die im Vollstreckungsverfahren erzwungene Übertragung auflösend bedingter Rechte ist an sich möglich. § 161 Abs. 2 BGB schützt den Höchstbetrags-Hypothekengläubiger vor Nachteilen, wenn seine Forderung später ein Mehr des auf einen andern inzwischen übergegangenen dinglichen Rechtes erfaßt. Die vorläufige, von vorneherein bestehende Eigentümergrundschuld aus einer Höchstbetraghypothek kann also, wenn man diese zutreffende Beurteilung zugrunde legt, gepfändet werden.

Damit ist aber dem Vollstreckungsgläubiger noch nicht geholfen. Die Pfändung einer Buchpost — die Höchstbetragshypothek ist als Sicherungshypothek immer Buchpost (§ 1185 BGB) — bedarf zur Wirksamkeit der Beschlagnahme der Eintragung ins Grundbuch. Diese Eintragung setzt wiederum die Eintragung der auflösend bedingten Eigentümerhöchstbetragshypothek voraus. Deren Eintragung wird in der Rechtsprechung[133]) als unzulässig abgelehnt mit der Begründung, durch die Eintragung bedingter dinglicher Rechte werde der Grundbuchverkehr erschwert. Auch litten die Übersichtlichkeit und die Klarheit des Buchungsinhaltes; zudem bilde die Nichtbuchung des Betroffenen ein formal-rechtliches Hindernis (§ 39 GO).

Dem ist entgegenzuhalten, daß derartige Bedenken gerade bei der Höchstbetragshypothek kein ausschlaggebendes Gewicht haben können. Denn für diese macht der Buchungsinhalt die materielle Rechtslage ohnehin nicht klar ersichtlich, ein Mangel, der im Wesen der Höchstbetragshypothek und in ihrer in § 1190 BGB festgelegten rechtlichen Struktur seine Ursache hat. Der Buchinhalt kann daher durch die Eintragung der auflösend bedingten ursprünglichen Eigentümerhöchstbetragspost an Klarheit und Zuverlässigkeit nicht verlieren. Man kann daher füglich aus diesem Grunde der Eigentümermaximalpost die Eintragungsfähigkeit nicht absprechen. Das Gleiche muß dann auch für die Eintragung des Pfändungsvermerks gelten. Lehnt man aber aus den erörterten sachlichen Bedenken die Eintragungsfähigkeit trotzdem ab, dann muß man folgerichtiger Weise der trotzdem erfolgten Eintragung auch die materielle Wirkung absprechen. Die Eintragung eines nicht eintragungsfähigen Rechts ist inhaltlich unzulässig, daher unwirksam und von Amts wegen zu löschen (§ 53 GO)[134]).

---

[133]) vergl. RG 120, 110 und in JW 1933, 2766; STEIN-JONAS, § 857, Noten 107, 108, 109, STAUDINGER, § 1190[1], PREDARI 9 B zu § 19.

[134]) s. RG 120, 112.

Das formale Hindernis aus § 39 GO läßt sich beseitigen. Die Eintragung des Eigentümers als des von dem Pfändungsvermerk Betroffenen, also die Buchung seines gegenwärtigen bedingten Eigentümerpfandrechts, ist allerdings aus den dargelegten Gründen unumgänglich. Der Vollstreckungsgläubiger des Eigentümers muß sich dessen Berichtigungsanspruch gegen den Höchstbetragshypothekengläubiger abtreten oder, da eine freiwillige Abtretung nur in den seltensten Fällen erfolgen wird, pfänden und sich überweisen lassen. Damit sind aber besondere Schwierigkeiten verbunden. Der Eigentümer besitzt, soweit die Hypothek nicht valutiert, er also Grundpfandgläubiger ist, zwar den Berichtigungsanspruch. Dessen *Geltendmachung* ist jedoch solange gehemmt, bis die Forderung des Gläubigers endgültig feststeht, eine selbsttätige Umwandlung des dann noch bestehenden Eigentümerpfandrechts in ein Fremdpfandrecht also nicht mehr in Frage steht. Vorher kann der Berichtigungsanspruch nicht gepfändet werden.

Der Eigentümer kann jedoch von dem Gläubiger die Zustimmung zu einer Buchung verlangen, welche die Bedingtheit seines Rechts erkennen läßt, der materiellen Rechtslage also Genüge leistet. Eine solche Buchung berührt das Gläubigerrecht nicht[135]). Sie scheitert — was allerdings streitig ist[136]) — auch nicht daran, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld im Gesetz als besondere Figur eines dinglichen Rechtes nicht erwähnt ist. Es genügt, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld mit dem Wesen und dem Zweck des Grundbuchs nicht im Widerspruch steht.

Der Grundsatz der Bestimmtheit im Buchungswesen kann hier, wie schon erwähnt, kein Hindernis bilden. Denn durch die Grundsätze und das Wesen des Eigentümergrundpfandrechtes wird eine Unsicherheit ohnehin geschaffen. Der Auffassung GÜTHES a.a.O. (s. Note 136), es handle sich bei der Eigentümerpost um eine Ausnahme, die nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als sie reiche, d. h. die Ungewißheit dürfe im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger als eine nicht vermeidbare Folge der Regeln über die Eigentümerpost bestehen, dürfe aber von dem Eigentümer nicht auf einen Dritten übertragen werden, ist nicht beizupflichten. Denn die Ausnahme erheischt, wenn sie einmal anerkannt und gesetzlich festgelegt ist, eine konsequente Durchführung. Eine willkürliche Einschränkung findet in dem logischen Aufbau des Eigentümergrundpfandrechts keine Stütze. Die Schlußfolgerung GÜTHES, es sei nicht nur die Verfügung über die künftige Eigentümerpost, sondern auch die Verfügung über eine gegenwärtige, aber noch nicht nachweisbare Eigentümerpost der Eintragung entzogen, ist mithin ebenfalls abzulehnen[137]).

Den so gearteten Berichtigungsanspruch des Eigentümers gegen den Gläubiger kann der Vollstreckungsgläubiger pfänden und sich überweisen lassen. Er kann notfalls die Zustimmung zu dieser Berichtigung vom

[135]) vergl. HECK, § 84, 4; STAUDINGER, § 1190[7], 17.
[136]) vergl. GÜTHE-TRIEBEL (6. Aufl.) II, S. 1789.
[137]) So die herrschende Meinung; vergl. Noten 131, 136.

Gläubiger im Klagewege erzwingen. Ist die Eintragung des Schuldners als des Gläubigers des auflösend bedingten Höchstbetrags-Eigentümergrundpfandrechts erfolgt, kann auch der Pfändungsvermerk gebucht und damit die Pfändung wirksam gemacht werden.

Dieses Ergebnis entspricht den praktischen Notwendigkeiten. Wenn die Gläubiger des Eigentümers bis zur endgültigen Feststellung der Forderung warten müßten, würde ihr Zugriff auf die Eigentümerteilpost in aller Regel erfolglos bleiben. Eine hohe, den vollen Grundstückswert ausfüllende Grundstückbelastung durch eine Höchstbetragshypothek könnte, wenn eine Anfechtung ihres Begründungsaktes wegen Gläubigerbenachteiligung nicht möglich ist oder auf nicht zu überwindende Schwierigkeiten stößt, andere Gläubiger des Eigentümers mattsetzen und den Zugriff auf das Grundstück, das vielleicht einzige verwertbare Vermögensstück des Schuldners, dauernd abhalten.

Das Recht des Höchstbetragshypothekengläubigers, trotz der Pfändung durch einen weiteren Forderungserwerb auch weitere Teile des dinglichen Rechts zu erwerben, bleibt unangetastet. Der Eigentümer hat bei der Bestellung der Höchstbetragshypothek über das für ihn damit entstandene oder später entstehende Eigentümergrundpfandrecht zu Gunsten des Hypothekengläubigers bereits bedingt verfügt. Die auflösende Bedingung untersteht, wie schon erwähnt, der analogen Anwendung von § 161 BGB. Danach ist jede dem bedingt berechtigten Höchstbetragshypotheken-Gläubiger schädliche Verfügung des Eigentümers dem Gläubiger gegenüber relativ unwirksam. Bei der Pfändung, einer Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, gilt dies auch gegenüber einem redlichen Erwerber[138]), also gegenüber jedem Pfändungsgläubiger (§ 161 Abs. 3 BGB).

Damit sind die Interessen des Höchstbetragshypothekengläubigers vollauf gewahrt und gesichert[139]).

D. Die Zwangsvollstreckung in den Ersatzanspruch[140]).

Der Eigentümer als der Gläubiger des Eigentümergrundpfandrechts hat im Falle der zwangsweisen Veräußerung des Grundstücks den Anspruch auf den seinem Recht entsprechenden Erlösteil, sofern sein Recht nicht bestehen bleibt. Auch der Erlösanspruch des Eigentümers unterliegt der Zwangsvollstreckung in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Formen und Grenzen.

Vor der Erteilung des Zuschlags an den Ersteher und dem damit eintretenden Eigentümerwechsel fehlt jedoch dem Erlösanspruch noch die Eigenschaft eines selbständigen und gegenwärtigen Rechts. Der Erlösanspruch ist eine dem Eigentümergrundpfandrecht für die Dauer seines Bestandes anhaftende, von diesem aber noch verdeckte Befugnis. Die Ver-

---

138) vergl. KÖRTING in JW 1933, 2815 ff.
139) Näheres s. VON BRUNN.
140) s. WECKER.

fügung über das Recht selbst enthält notwendig auch eine solche über diesen Bestandteil. Denn der Gegenstand der Verfügung kann nur der gesamte Rechtsinhalt sein, da jedes Recht erst durch die Gesamtwirkung aller seiner Einzelbefugnisse seinen eigenen Charakter und seine Prägung erhält. Der Erlösanspruch allein ist daher vor der Zuschlagserteilung, d. i. *vor* der Schrumpfung des Eigentümerrechts in den übrig bleibenden Erlösanspruch, noch nicht Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen oder vollstreckungsrechtlichen Verfügung[141]).

Der Erlösanspruch ist eine Geldforderung, deren Beschlagnahme § 829 ZPO regelt[142]). Die Wirkung der Beschlagnahme tritt bereits mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ein. Eigentümer des Erlöses, des an die Stelle des Grundstücks getretenen Wertes, ist, wie oben schon erörtert, der Subhastat. Dieser ist also auch der Schuldner der Ansprüche auf den Erlös, nicht der Ersteher des Grundstücks oder gar der Staat. Der Staat wirkt lediglich bei der Verteilung des Erlöses durch das Gericht als Vollstreckungsorgan mit. Hinsichtlich des erloschenen Eigentümergrundpfandrechts ist der Subhastat als der Gläubiger der Surrogatforderung zugleich der Vollstreckungsschuldner. Ein Drittschuldner fehlt also hier, sodaß die Pfändung mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer wirksam wird (§ 857 Abs. 2 ZPO)[143]).

Bei der Pfändung eines aus einer Eigentümer*hypothek* im eigentlichen Sinne hervorgegangenen Erlösanspruchs hat außerdem noch die Zustellung des Leistungsverbots an den persönlichen Schuldner der dinglich gesichert gewesenen Forderung zu erfolgen.

---

[141]) vergl. RG 70, 280; Wecker, S. 55, 56.

[142]) s. Jaeckel-Güthe (7. Aufl.), § 107, S. 510: „Handelt es sich um eine *nach* dem Zuschlag zu bewirkende Pfändung, so kommen in allen Fällen, auch für die Pfändung der Gläubigerhypothek und der Eigentümergrundschuld, die allgemeinen Vorschriften, d. h. die des § 829 ZPO zur Anwendung, weil die besonderen Formen des Liegenschaftsrechts in dem Augenblick ihre Bedeutung verlieren müssen, in dem an die Stelle des Grundstücks der Versteigerungserlös tritt. Siehe auch RG 63, 216; 64, 215; 70, 279; 72, 345. — A. M. Wecker, S. 59 ff.

[143]) vergl. RG 70, 287; 79, 316 u. a.; Wecker, S. 57; Staudinger, § 1163[60].

III. Teil:

Das Eigentümergrundpfandrecht in der neuesten Rechtsentwicklung[144]).

Die geschilderten Eigenarten des Eigentümergrundpfandrechts, dessen verwickelter rechtlicher Aufbau und die erheblichen Schwierigkeiten des Vollstreckungsverfahrens in Eigentümergrundpfandrechte zwingen zu Erwägungen darüber, ob im Zuge der Rechtserneuerung auf Grund des vom nationalsozialistischen Gemeinschaftsprinzip beherrschten heutigen Rechtsdenkens wie auf anderen Rechtsgebieten so auch hier eine Reform durch den Gesetzgeber geboten erscheint. Wünschenswert wäre es jedenfalls, wenn der Meinungsstreit über die Hauptprobleme vom Gesetzgeber in positiver Form durch klare und eindeutige Bestimmungen beendet würde; namentlich im Vollstreckungsrecht, in dem die Problematik des Eigentümergrundpfandrechts praktisch am stärksten in die Erscheinung tritt.

Die grundsätzliche Frage, ob die Rechtsfigur des Eigentümergrundpfandrechts in der bisherigen Gestalt überhaupt noch eine Daseinsberechtigung hat, muß in erster Linie nach *praktischen* Gesichtspunkten sowie mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Notwendigkeiten und Zweckmäßigkeiten beantwortet werden. Denn davon waren auch ihre Aufnahme in das geltende Recht und ihre Ausgestaltung im Wesentlichen bestimmt.

Das Wirtschaftsdenken hat wie das Rechtsdenken im neuen Staate durch die Abkehr von liberalen und materialistischen Anschauungen eine bis auf den Grund gehende Änderung und Neuausrichtung erfahren. Dies gilt insbesondere für das Liegenschaftswesen und das Gebiet des Bodenrechts. Das Bauernrecht hat einen großen Teil des deutschen Bodens der Belastungsfähigkeit, von Ausnahmen abgesehen, überhaupt entzogen. Insoweit kann das gesamte Recht der Grundpfänder heute und in der Zukunft keine große Rolle mehr spielen.

Das Betonen der Persönlichkeitswerte auf allen Lebensgebieten, das Herausstellen des Wirtschaftsführers, seiner privaten Initiative und seiner persönlichen Verantwortung unter Zurückdrängung der Kapitalmacht

144) vergl. STAUDINGER, § 1163 I 4; WERNE in „Deutsches Recht" 1935, Heft 6, S. 149.

(namentlich im Gesellschaftsrecht) zeigen die heute wirksame Tendenz, auch auf kreditpolitischem Gebiet die praktische Bedeutung der früher im Vordergrunde stehenden Sachhaftung zu Gunsten der Personenhaftung einzudämmen. Der gesetzlich eingeführte Vollstreckungsschutz für Grundstücke, der auf absehbare Zeit wohl bestehen bleiben wird, ist ebenfalls eine Maßnahme, die in der gleichen Richtung wirken soll und wirkt.

Trotzdem ist das hoch entwickelte deutsche Wirtschaftssystem, das nach den Kapitalverlusten im Kriege und in der Inflation in der Hauptsache auf kreditorischer Grundlage wieder aufgebaut ist, ohne den *Real*kredit, insbesondere den Grundkredit, nicht haltbar. Wie das Pächterkreditgesetz zeigt, hat sich sogar eine Ausdehnung des Fahrnispfandes auf das Pächterinventar unter Abschwächung des Publizitätsgrundsatzes als eine notwendige rechtliche Maßnahme zur Hebung des Realkredits erwiesen. Der reine Personalkredit wird im Raum der harten Tatsachen zu allen Zeiten ein kaum erreichbarer Idealzustand bleiben. Für den langfristigen Kredit ist das Grundvermögen des Schuldners nach wie vor die erste, wichtigste und zuverlässigste Grundlage und wird es auch bleiben. Das Hypothekenrecht in der jetzigen Grundgestalt wird daher wie bisher seine national- und privatwirtschaftlich lebenswichtige Aufgabe zu erfüllen haben, also unentbehrlich sein. Damit ist aber auch das weitere Daseinsrecht des Eigentümergrundpfandes im Bereich des Liegenschaftsrechts grundsätzlich bejaht. Davon abgehen hieße das Fundament zerstören, auf dem das Gebäude des Grundpfandrechtes und zugleich das System des Grundkredits errichtet ist.

Der Hauptwert der ranggesicherten Eigentümerpost liegt außerhalb der Zwangsvollstreckung. Erst durch die rechtliche Anerkennung der Eigentümerpost konnte das Grundstückkreditwesen Leben und Beweglichkeit gewinnen, und nur dadurch konnte der Grundkredit seine bis heute ungeschmälert gebliebene hohe wirtschaftliche Bedeutung erlangen. Diese ginge sofort verloren, wenn man das Prinzip der Rangsicherung mit allen seinen geschilderten rechtlichen Auswirkungen verließe.

Dem Bestreben, Zwangsverkäufen von Grundstücken und deren Verschleuderung zu begegnen, kommt die Möglichkeit, auf eine Eigentümerpost des Schuldners zuzugreifen, entgegen. Diese Zugriffsmöglichkeit bildet ebenfalls einen Gesichtspunkt, der für die grundsätzliche Beibehaltung des Eigentümergrundpfandrechts trotz seinen rechtlich-konstruktiven Schwierigkeiten spricht.

Eine andere Frage ist die, ob der heutige Eigentumsbegriff mit seinem in erster Linie dem Gesamtinteresse verpflichteten Inhalt die Beibehaltung der geltenden Regelung des Eigentümergrundpfandrechts im Einzelnen zuläßt, oder ob in Einzelheiten eine Anpassung an das neue Rechtdenken erfolgen muß. Die mehrfach[145]) vorgeschlagene Rückkehr zu dem System

[145]) STAUDINGER, § 1163 I 4: „Die neuesten Rechtsgedanken drängen wieder mehr auf eine Wiederherstellung jenes früheren Rechtsgedankens; und zwar in der Form, daß dem Eigentümer nur ein zeitlich und umfänglich beschränktes Ver-

der Rangoffenlassung (der Hypothekenerneuerung) mit zeitlicher und gegenständlicher Begrenzung, also die Beseitigung des Prinzips, daß jede offene Rangstelle ohne weiteres kraft Gesetzes dem Eigentümer zufällt, würde jedoch dem ganzen Gefüge des Hypothekenrechts eine tragende Stütze, die feste Rangordnung, nehmen. Wirtschaftlich und kreditpolitisch müßte als unvermeidbare Folge eines so tiefgehenden Eingriffs in die Struktur des Hypothekenrechts eine radikale Umstellung des gesamten Immobiliarkredits auf einfachere, primitivere Formen erfolgen. Ob dies gerade in einer Periode des Aufbaus letzten Endes dem Allgemeininteresse förderlich wäre, ist zum mindesten zweifelhaft.

Die Pfändung einer Eigentümerpost ist in ihrer Durchführung sicherlich keine erfreuliche Maßnahme, und es läßt sich nicht bestreiten, daß im Gläubigerinteresse eine Vereinfachung erwünscht ist. Dem Einzelinteresse des Gläubigers steht jedoch das Gemeininteresse, das im Grundstücksrecht die Klarheit und Zuverlässigkeit des die dinglichen Rechtverhältnisse an den Grundstücken offenbarenden Grundbuchs erheischt, gegenüber. Dieses Gemeininteresse verdient aber gerade nach nationalsozialistischer Grundanschauung immer den Vorzug.

Die Sicherheit des Hypothekenverkehrs und das davon abhängige reibungslose Funktionieren des Grundkreditsystems dürfen nicht gefährdet werden. Die Gefahr, daß einmal ein Gläubiger in den von der Natur des Eigentümergrundpfandrechts bedingten Schwierigkeiten des Vollstreckungsverfahrens stecken bleibt, oder zu kurz oder zu spät kommt, ist ein Nachteil, der höherer Belange wegen hingenommen werden muß.

---

fügungsrecht über eine offene Rangstelle verliehen werden soll, zumal die Eigentümergrundschuld sehr zum Schaden des Grundstücks und der dinglich Berechtigten im Verkehrsleben ausgenutzt wurde." — WERNE, a.a.O.: „Unhaltbar und mit der neuen Rechtsstellung des Eigentümer nicht vereinbar ist die Regelung der heutigen Eigentümergrundschuld. Sie wird zum Schaden des Grundstückes oft ausgenützt. Das Recht muß in ein zeitlich beschränktes Verfügungsrecht des Eigentümers über eine ihm etwa durch Rückzahlung des Hypothekenkapitals usw. zufallende Rangstelle umgewandelt werden. Innerhalb eines bestimmten Zeitraums soll der Eigentümer befugt sein, über diese Rangstelle durch Aufnahme einer neuen Post zu verfügen. Die Höhe ist bedingt durch die freigewordene Rangstelle. Nach Ablauf der Frist erlischt das Recht. Die Ausübung des Rechts ist jedoch nur dann gestattet, wenn Kredite für Reparaturen oder sonstige Anschaffungen für das Grundstück notwendig werden. Daraus folgt, daß eine Abtretung, Verpfändung und insbesondere Pfändung dieses Rechts im Interesse der wirtschaftlichen Erhaltung des Grundstücks unzulässig ist. Nichtig muß ferner ein Verzicht auf das Verfügungsrecht und die Verpflichtung zur Nichtausübung sein. Im Zwangsversteigerungsverfahren dagegen darf auf die nicht aufgefüllte Rangstelle kein Betrag zugeteilt werden."

LEBENSLAUF.

Geboren bin ich, *Siegfried Borries,* am 4. Januar 1890 in Leipzig als Sohn der Eheleute Privatgelehrter Dr. *Gottfried Borries* und *Bernhardine,* geb. Barella. Ich bin evangelischen Bekenntnisses. Das Reifezeugnis (23. März 1908) erwarb ich als Schüler des staatlichen Gymnasiums in Bonn zu Ostern 1908.

Von Ostern 1908 (Sommersemester 1908) bis Mitte 1912 (Sommersemester 1912) studierte ich an der Bonner Universität Rechts- und Staatswissenschaft. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich im Januar 1913 ab, die große Staatsprüfung im Mai 1920. Am 1. Dezember 1925 wurde ich zum Amtsgerichtsrat ernannt. Seit dem 1. Oktober 1927 bin ich Landgerichtsrat in Bonn.

Die mündliche Promotionsprüfung fand am 26. April 1938 statt.

Die Arbeit habe ich unter der Anleitung von Herrn Professor Dr. H. DÖLLE angefertigt.